



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000451068

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1501562-79.2024.8.26.0599, da Comarca de Piracicaba, em que é apelante WILLIAM FERNANDO TOLEDO GLICERIO, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 16ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Deram provimento em parte ao recurso. V. U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores GUILHERME DE SOUZA NUCCI (Presidente sem voto), MARCOS ZILLI E RENATA WILLIAM RACHED CATELLI.

São Paulo, 9 de maio de 2025.

LEME GARCIA

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

16ª Câmara de Direito Criminal
APELAÇÃO n. 1501562-79.2024.8.26.0599
Comarca: PIRACICABA
Apelante: WILLIAM FERNANDO TOLEDO GLICERIO
Apelado: MINISTÉRIO PÚBLICO
Voto: 32928

APELAÇÃO. Tráfico de drogas. Recurso defensivo. Materialidade e autoria bem demonstradas. Dosimetria. Pena-base fixada acima do mínimo legal que se mostra adequada diante dos maus antecedentes do réu. Pleito de aplicação da causa de diminuição prevista no artigo 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06. Inviabilidade. Réu que ostenta maus antecedentes e demonstra dedicação a atividades criminosas. Condenação por crime anterior aos fatos, mas com trânsito em julgado posterior, é apta a gerar maus antecedentes e afastar o tráfico privilegiado. Regime inicial fechado fixado na sentença. Possibilidade de fixação do regime inicial semiaberto em observância ao princípio da individualização da pena e à jurisprudência do STF quanto à inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90. Detração penal que, no presente caso, não repercute no regime inicial. Substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos incabível, em razão do quantum da reprimenda. Recurso parcialmente provido.

Trata-se de recurso de apelação interposto por *WILLIAM FERNANDO TOLEDO GLICERIO* contra a r. sentença proferida pela MMª. Juíza de Direito Gisela Ruffo, da 4ª Vara Criminal da Comarca de Piracicaba, que o condenou à pena de 05 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 500 dias-multa, no valor unitário mínimo legal, em razão da prática do crime previsto no artigo 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06 (fls. 195/208).

A Defesa, em apertada síntese, pretende a redução da pena imposta, com a incidência do redutor previsto no

artigo 33, §4º, da Lei n. 11.343/06, a fixação de regime prisional mais brando, a aplicação da detração penal e a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos (fls. 224/229).

Contrarrazoado o recurso (fls. 265/268), a douta Procuradoria de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Paulo Augusto Radunz Junior, opinou pelo não provimento do apelo defensivo (fls. 274/242).

É o breve relatório.

O recurso comporta parcial provimento.

O apelante foi condenado porque, em 23 de setembro de 2024, por volta das 10h, na Rua General Camisão, na cidade de Piracicaba, trazia consigo, para entrega a consumo de terceiros, 12 porções de *crack*, com peso líquido de 2,1g, e 51 *eppendorfs* de cocaína, com peso líquido de 15,3g, substância que determina dependência física ou psíquica, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar.

Conforme apurado, na data dos fatos, em patrulhamento de rotina, policiais militares avistaram o acusado dentro de um bar, carregando uma mochila e segurando um aparelho celular. Ao notar a aproximação da viatura, o réu rapidamente dispensou o celular e tentou sair do local. Realizada a abordagem, os policiais encontraram no interior da mochila uma pochete contendo as sobreditas substâncias ilícitas.

De início, cumpre asseverar que a materialidade e a autoria criminosa restaram demonstradas a partir do extenso conjunto probatório, de modo que tais pontos sequer foram objeto de impugnação no apelo defensivo.

A irresignação defensiva se resume à pena imposta e o regime inicial fixado, razão pela qual passo à análise das referidas teses.

Em observância ao artigo 68, caput, o artigo 59, caput, ambos do Código Penal e o artigo 42, da Lei n. 11.343/2006, atendendo-se às finalidades retributiva e preventiva, a pena não comporta reparos.

Na primeira etapa, diante dos maus antecedentes do réu (autos n. 1500097-35.2024 – fls. 75/76, 139), incorreta a fixação da pena-base 1/6 acima do mínimo legal, em 05 anos e 10 meses de reclusão, e pagamento de 583 dias-multa, no valor unitário mínimo legal.

Na segunda fase, ausentes agravantes e incidente a atenuante da confissão espontânea, sem perder de vista o disposto na Súmula n. 231 do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, a reprimenda retornou ao mínimo legal de 05 anos de reclusão, e pagamento de 500 dias-multa, no valor unitário mínimo legal.

Na terceira fase, não era mesmo o caso de reconhecimento do redutor previsto no artigo 33, §4º, da Lei n. 11.343/06.

Isso porque, o sobredito dispositivo legal estabelece que a pena relativa ao crime de tráfico de drogas pode ser reduzida desde que o agente seja primário, tenha bons antecedentes e não se dedique às atividades criminosas, além de não integrar organização criminosa.

No presente caso, o apelante ostenta condenação transitada em julgado pela prática do crime de tráfico de drogas, o que evidencia que, de fato, ele se dedica a atividades criminosas, de modo que não cumpre os requisitos exigidos pelo artigo 33, §4º, da Lei n. 11.343/06 para a aplicação do redutor.

Destaco que, apesar de não configurar reincidência, a condenação por crime anterior aos fatos, mas com trânsito em julgado posterior, é apta a gerar maus antecedentes e afastar a incidência do tráfico privilegiado.

Nesse sentido, aliás, é o entendimento do Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. RÉU QUE SE DEDICA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. INAPLICABILIDADE. REGIME PRISIONAL. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS E MAUS ANTECEDENTES. MODO FECHADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. FALTA DE PREENCHIMENTO DE REQUISITO OBJETIVO. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. ORDEM NÃO CONHECIDA.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando

constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado a justificar a concessão da ordem, de ofício.

2. Os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organizações criminosas (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006).

3. O Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento de que a condenação por crime anterior à prática delitiva, com trânsito em julgado posterior à data do crime sob apuração, malgrado não configure reincidência, enseja a valoração negativa dos antecedentes do agente, sendo incabível a aplicação do redutor por ausência de preenchimento dos requisitos legais, nos termos do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas.

4. Hipótese em que a instância ordinária afastou, motivadamente, a aplicação do redutor diante da comprovada habitualidade delitiva do paciente, evidenciada pelo fato de ostentar condenações por delitos diversos, inclusive por tráfico de entorpecentes, que, embora não possam configurar como reincidência, impedem a concessão do benefício. Logo, a modificação desse entendimento, a fim de fazer incidir a minorante da Lei de Drogas, enseja o reexame do conteúdo probatório dos autos, o que é inadmissível em sede de habeas corpus.

Precedentes.

[...]

7. Habeas corpus não conhecido.

(HC 362.587/RS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 19/04/2018, DJe 25/04/2018)

Assim, considerando que ele não atendeu a requisito legal expresso para a aplicação do redutor, sua pena definitiva deve ser mantida em 05 anos de reclusão, e pagamento de 500 dias-multa, no valor unitário mínimo legal.

O regime inicial fechado estabelecido pelo i. magistrado *a quo* comporta reparo.

Malgrado o artigo 2º, § 1º, da Lei 8.072/90 determine o início do cumprimento da pena referente ao delito de

tráfico de drogas em regime fechado, a inconstitucionalidade da referida norma já foi reconhecida em controle incidental pelo plenário do Egrégio Supremo Tribunal Federal:

Habeas corpus. Penal. Tráfico de entorpecentes. Crime praticado durante a vigência da Lei nº 11.464/07. Pena inferior a 8 anos de reclusão. Obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado. Declaração incidental de inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90. Ofensa à garantia constitucional da individualização da pena (inciso XLVI do art. 5º da CF/88). Fundamentação necessária (CP, art. 33, § 3º, c/c o art. 59). Possibilidade de fixação, no caso em exame, do regime semiaberto para o início de cumprimento da pena privativa de liberdade. Ordem concedida. 1. Verifica-se que o delito foi praticado em 10/10/09, já na vigência da Lei nº 11.464/07, a qual instituiu a obrigatoriedade da imposição do regime inicialmente fechado aos crimes hediondos e assemelhados. 2. Se a Constituição Federal menciona que a lei regulará a individualização da pena, é natural que ela exista. Do mesmo modo, os critérios para a fixação do regime prisional inicial devem-se harmonizar com as garantias constitucionais, sendo necessário exigir-se sempre a fundamentação do regime imposto, ainda que se trate de crime hediondo ou equiparado. 3. Na situação em análise, em que o paciente, condenado a cumprir pena de seis (6) anos de reclusão, ostenta circunstâncias subjetivas favoráveis, o regime prisional, à luz do art. 33, § 2º, alínea b, deve ser o semiaberto. 4. Tais circunstâncias não elidem a possibilidade de o magistrado, em eventual apreciação das condições subjetivas desfavoráveis, vir a estabelecer regime prisional mais severo, desde que o faça em razão de elementos concretos e individualizados, aptos a demonstrar a necessidade de maior rigor da medida privativa de liberdade do indivíduo, nos termos do § 3º do art. 33, c/c o art. 59, do Código Penal. 5. Ordem concedida tão somente para remover o óbice constante do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, com a redação dada pela Lei nº 11.464/07, o qual determina que "[a] pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado". **Declaração incidental de inconstitucionalidade, com efeito ex nunc, da obrigatoriedade de fixação do regime fechado para início do cumprimento de pena decorrente da condenação por crime hediondo ou equiparado.** (HC 111840, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno,

julgado em 27/06/2012, PROCESSO ELETRÔNICO
DJe-249 DIVULG 16-12-2013 PUBLIC 17-12-2013)

Em vista disto, dada a inconstitucionalidade acima mencionada, a fixação do regime inicial para o cumprimento da pena imposta ao réu deve ser feita com base nas normas gerais estabelecidas no Código Penal.

Com fulcro no artigo 33, § 3º do Código Penal, o artigo 59, do CP, deve ser o norte para determinar o regime em que o acusado deve iniciar o cumprimento da reprimenda, respeitados os limites estabelecidos no referido artigo.

Nada obstante tenham sido consideradas circunstâncias desfavoráveis na primeira fase da dosimetria, trata-se de uma única condenação, de modo que entendo não ser apta justificar o estabelecimento do regime fechado.

O enunciado n. 719 da Súmula do Egrégio Supremo Tribunal Federal, assim dispõe:

Súmula 719: A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.

In casu, o simples fato de o réu ter sido condenado pelo cometimento de tráfico não enseja o estabelecimento do regime fechado pela gravidade em abstrato do delito. Com efeito, não pode esta ser suscitada pelo juízo para fixar o regime mais radical, conforme entendimento do Egrégio Supremo Tribunal Federal também sumulado:

Súmula 718: A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea

para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada.

Desta forma, não há impedimento legal no presente caso para a concessão de regime semiaberto, desde o início, até porque a Lei de Drogas não faz nenhuma referência ao regime inicial.

Sendo assim, considerando o *quantum* de pena imposta, aliado à técnica primariedade do réu, nos termos do artigo 33, § 2º, alínea "b", do Código Penal, imponho regime semiaberto para o início do cumprimento da reprimenda.

De outra parte, incabível a aplicação da detração penal como pretendido pela Defesa.

Com efeito, a detração penal não se confunde com a progressão de regime, na medida em que o artigo 387, §2º, do Código de Processo Penal,¹ dispõe que, quando da prolação da sentença condenatória, o tempo de prisão provisória deve ser computado para fins de determinação do regime inicial para o cumprimento da pena, e não de progressão de regime, mesmo porque a sobredita progressão é instituto próprio da execução penal e os requisitos autorizadores do benefício devem ser analisados pelo magistrado competente para tanto.

Esse é o entendimento do Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

¹ Art. 387. O juiz, ao proferir sentença condenatória:
§ 2º O tempo de prisão provisória, de prisão administrativa ou de internação, no Brasil ou no estrangeiro, será computado para fins de determinação do regime inicial de pena privativa de liberdade.

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS.DOSIMETRIA. PENA-BASE. AUMENTO. QUANTIDADE DA DROGA E MAUS ANTECEDENTES. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. APLICAÇÃO DO ART. 387, § 2º, DO CPP. DETRAÇÃO PENAL. DESCONTO DO PERÍODO EM QUE O PACIENTE PERMANECEU PRESO CAUTELARMENTE. AUSÊNCIA DE REPERCUSSÃO IMEDIATA NO REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

(...)

3. Nos termos do art. 33, §§ 1º, 2º e 3º, do Código Penal, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, o julgador deverá observar a quantidade da reprimenda aplicada, bem como a eventual existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis (art. 59 do CP). Ademais, na esteira da jurisprudência desta Corte, admite-se a imposição de regime prisional mais gravoso do que aquele que permitir a pena aplicada, quando apontados elementos fáticos demonstrativos da gravidade concreta do delito.

4. **Com o advento da Lei n. 12.736/2012, o Juiz processante, ao proferir sentença condenatória, deverá detrair o período de custódia cautelar para fins de fixação do regime prisional. Mostra-se forçoso reconhecer que o § 2º do art. 387 do Código de Processo Penal não versa sobre progressão de regime prisional, instituto próprio da execução penal, mas, sim, sobre a possibilidade de se estabelecer regime inicial menos severo, descontando-se da pena aplicada o tempo de prisão cautelar do acusado. Precedentes.**

5. Considerando que a pena fixada ao paciente supera os 4 anos de reclusão (7 anos e 6 meses de reclusão), a aplicação da detração, na hipótese, não repercutiria no regime prisional, especialmente em razão da presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis (quantidade de droga apreendida e maus antecedentes), além da reincidência do acusado.

6. Agravo regimental desprovido.²

No presente caso, ainda que seja considerado o tempo de prisão provisória do acusado, o regime inicial deve ser mesmo o semiaberto, posto que subsistem os

² AgRg no HC 397.881/MS, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 20/02/2018, DJe 02/03/2018.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

argumentos acima colacionados, que não seriam afetados pela subtração aritmética do tempo de prisão provisória da reprimenda total imposta.

Por fim, diante da quantidade da pena privativa de liberdade imposta, superior a 04 anos de reclusão, inviável a pleiteada substituição por penas restritivas de direitos, por expressa determinação legal (artigo 44, inciso I, do Código Penal).

Ante o exposto, pelo meu voto, dou parcial provimento ao recurso defensivo, a fim de fixar regime semiaberto para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade imposta a *WILLIAM FERNANDO TOLEDO GLICERIO*, subsistindo, quanto ao mais, a r. sentença de primeiro grau.

LEME GARCIA

Relator