



**ESTADO DE SANTA CATARINA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

Apelação Criminal n. 0009551-96.2017.8.24.0023, da Capital
Relator: Desembargador Ernani Guetten de Almeida

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIMES CONTRA A SAÚDE E INCOLUMIDADE PÚBLICAS. TRÁFICO DE DROGAS (LEI 11.343/2006, ART. 33, *CAPUT*) E PORTE IRREGULAR DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO (LEI 10.826/2003, ART. 14, *CAPUT*). SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA.

RECURSO DEFENSIVO. **PRELIMINAR.** PEDIDO DE CONCESSÃO DA JUSTIÇA GRATUITA. INVIABILIDADE. APELANTE DEFENDIDO POR DEFENSOR CONSTITUÍDO. HIPOSSUFICIÊNCIA NÃO DEMONSTRADA.

MÉRITO. INSURGÊNCIA RESTRITA AO TRÁFICO DE DROGAS (LEI 11.343/2006, ART. 33, *CAPUT*). MATERIALIDADE E AUTORIA NÃO IMPUGNADAS EM SEDE RECURSAL. PRETENDIDA CONCESSÃO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO (LEI 11.343/2006, ART. 33, § 4º). APELANTE QUE, EMBORA PRIMÁRIO E SEM MAUS ANTECEDENTES, DEDICAVA-SE À ATIVIDADES CRIMINOSAS. APREENSÃO DE 42,6G (QUARENTA E DOIS GRAMAS E SEIS DECIGRAMAS) DE MACONHA E 1,2 (UM GRAMA E DOIS DECIGRAMAS) DE COCAÍNA, 1 (UMA) BALANÇA DE PRECISÃO, QUANTIA DE DINHEIRO EM ESPÉCIE, 1 (UM) REVÓLVER MARCA TAURUS CALIBRE .38 E 10 (DEZ) MUNIÇÕES INTACTAS DO MESMO CALIBRE. ABORDAGEM POLICIAL REALIZADA EM LOCAL CONHECIDO PELA PRÁTICA DO COMÉRCIO ESPÚRIO. OUTROSSIM, AGENTE QUE FOI PRESO EM FLAGRANTE 5 (CINCO) MESES ANTES NAS MESMAS CIRCUNSTÂNCIAS. REQUISITOS DO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006 NÃO PREENCHIDOS. PLEITO DE APLICAÇÃO DO PRIVILÉGIO EM SEU PATAMAR MÁXIMO (2/3), ADEQUAÇÃO DO REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA REPRIMENDA E SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR RESTRITIVAS DE DIREITOS PREJUDICADOS.

POSTULADA A REDUÇÃO DA PENA DE MULTA. NÃO ACOLHIMENTO. LEI 11.343/2006 QUE, EM HARMONIA



**ESTADO DE SANTA CATARINA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

COM AS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE, ESTABELECE SANÇÕES PECUNIÁRIAS DE FORMA PROPORCIONAL À GRAVIDADE DOS DELITOS, SEGUNDO CRITÉRIO DE POLÍTICA CRIMINAL ADOTADO PELO LEGISLADOR. NO CASO, QUANTIDADE DE DIAS-MULTA ADEQUADO ÀS REPRIMENDAS CORPORAIS. PENA CONSERVADA.

REQUERIDA A APLICAÇÃO DO INSTITUTO DA DETRAÇÃO, NA FORMA DO ART. 387, § 2º, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. INVIABILIDADE. PERÍODO QUE O APELANTE PERMANECEU PRESO PROVISORIAMENTE QUE, DESCONTADO DA PENA DEFINITIVA APLICADA, NÃO INFLUI NO REGIME INICIAL FIXADO. REGIME SEMIABERTO MANTIDO.

EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. SENTENÇA CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR ESTA CORTE DE JUSTIÇA. PRECLUSÃO DA MATÉRIA FÁTICA. NOVA ORIENTAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (HC N. 126.292/SP) ADOTADA POR ESTA CÂMARA CRIMINAL (AUTOS N. 0000516-81.2010.8.24.0048). TRANSMUDAÇÃO DOS FUNDAMENTOS DA PRISÃO QUE PASSA DE SEGREGAÇÃO CAUTELAR PARA A DE CUMPRIMENTO DE ACÓRDÃO PENAL CONDENATÓRIO. ANÁLISE DO DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE PREJUDICADO. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 0009551-96.2017.8.24.0023, da comarca da Capital 4ª Vara Criminal em que é/são Apelante(s) Thiago Rios Menezes e Apelado(s) Ministério Público do Estado de Santa Catarina.

A Terceira Câmara Criminal decidiu, por votação unânime, conhecer do recurso e negar-lhe provimento.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Exmos. Srs.



**ESTADO DE SANTA CATARINA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

Des. Leopoldo Augusto Brüggemann e Des. Sérgio Izidoro Heil.

Funcionou como Representante do Ministério Público o(a) Exmo(a).
Sr(a). Dr(a). Marcílio de Novaes Costa.

Florianópolis, 6 de fevereiro de 2018

Desembargador Ernani Guetten de Almeida
Presidente e Relator



**ESTADO DE SANTA CATARINA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

RELATÓRIO

Na Comarca da Capital, o Ministério Público do Estado de Santa Catarina ofereceu denúncia em face de **Thiago Rios Menezes** pela prática, em tese, das condutas criminosas descritas nos art. 33, caput, da Lei 11.343/2006, e art. 14, caput, da Lei 10.826/2003, em razão dos fatos assim narrados:

Em data e local que serão apurados durante a instrução criminal, o denunciado THIAGO RIOS MENEZES adquiriu, de pessoa desconhecida, pelo menos 02 (duas) porções de maconha, com massa bruta de 42,6 g (quarenta e dois gramas e seis decigramas), e 03 (três) petecas de cocaína, com massa bruta de 1,2 g (um grama e dois decigramas) (Termo de Exibição e Apreensão de fl. 05 e Laudo de Constatação de fl. 18), para expô-las à venda no Beco da Lixeira, no Morro do Horácio, em Florianópolis.

Na noite de 14 de maio de 2017, visando impulsionar o negócio espúrio, THIAGO RIOS MENEZES postou-se no Beco da Lixeira, localizado na Servidão dos Anjos, na aludida comunidade, à espera de usuários, trazendo consigo, para futura revenda, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar, as referidas porções de maconha e cocaína. Naquela mesma noite, por volta das 23 h, agentes da Polícia Militar efetuavam uma operação na localidade acima mencionada, com o intuito de coibir a ocorrência do comércio ilícito de entorpecentes, haja vista que o ponto é notoriamente conhecido pelo desenvolvimento do tráfico de drogas, quando constataram que THIAGO RIOS MENEZES mantinha sob sua guarda sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar, o revólver marca *Taurus*, calibre .38, número de série NL14095, carregado com 05 (cinco) munições intactas do mesmo calibre (Termo de Exibição e Apreensão de fl. 05), portando o armamento e os projéteis naquela via pública, ilegalmente, ante a inexistência de registro e porte.

Então, os agentes públicos efetuaram a abordagem do denunciado, apreendendo, em seu poder, o referido armamento e as munições.

Na sequência, em revista pessoal, encontraram eles mais 05 (cinco) munições intactas calibre .38, as quais THIAGO RIOS MENEZES também mantinha sob sua guarda, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar.

Além disso, localizaram os 02 (dois) torrões de maconha e as 03 (três) petecas de cocaína, bem como 01 (uma) balança de precisão (Termo de Exibição e Apreensão de fl. 05), razão pela qual foi ele preso em flagrante.

As substâncias apreendidas foram submetidas a exame pericial (fl. 18),



**ESTADO DE SANTA CATARINA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

apresentando resultado preliminar positivo para a erva *Cannabis sativa* (maconha), bem como para a substância química conhecida como Cocaína, as quais são capazes de provocar dependência física e/ou psíquica, estando o seu uso e comercialização proibidos em todo o território nacional, nos termos da Portaria n. 344/98, da Secretaria de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde e atualizada pela RDC n. 44/2014.

Sobreveio sentença que julgou procedente a denúncia para condenar Thiago Rios Menezes, pela prática dos crimes previstos no art. 33, caput, da Lei 11.343/2006, e art. 14, caput, da Lei 10.826/2003, ao cumprimento de pena privativa de liberdade de 7 (sete) anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, e ao pagamento 510 (quinhentos e dez) dias-multa, cada qual na quantia equivalente a 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo. Indeferiu-se o direito de recorrer em liberdade, porquanto presentes os fundamentos ensejadores da prisão preventiva e ausente alteração fática que ensejou a decretação da medida (fls. 138-144).

Tiago Rios Menezes interpôs recurso de apelação, ocasião em que requereu, preliminarmente, o direito de recorrer em liberdade. No mérito, pugnou pela concessão do tráfico privilegiado em seu patamar máximo (Lei 11.343/2006, art. 33, § 4º) com a conseguinte adequação do regime inicial de cumprimento da pena e substituição da reprimenda por restritivas de direitos. Requereu a minoração da pena de multa, o reconhecimento da detração e, por fim, a concessão do benefício da justiça gratuita (fls. 187-196).

Contrarrazões às fls. 204-210.

Lavrou parecer pela Douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Ernani Dutra, ocasião em que opinou pelo parcial conhecimento e parcial provimento do recurso interposto a fim de conceder ao apelante o benefício do tráfico privilegiado (fls. 215-223). Este é o relatório.



**ESTADO DE SANTA CATARINA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

VOTO

O recurso preenche os requisitos de admissibilidade motivo pelo qual deve ser conhecido.

Preliminarmente

Justiça Gratuita

O apelante pugna pela concessão do benefício da justiça gratuita.

No entanto, o pedido não comporta provimento.

Isso porque, vislumbra-se que o apelante se encontra assistido por defensor nomeado, o qual não possui poderes específicos para pleitear a isenção de custas processuais, nos termos do art. 105 do Código de Processo Civil vigente.

É o que se colhe desta Câmara:

1) Apelação Criminal 0300645-35.2017.8.24.0026, Terceira Câmara Criminal, rel. Des. Moacyr de Moraes Lima Filho, j. em 29.8.2017:

APELAÇÃO CRIMINAL. PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS, PARA FINS DE INSTRUIR REVISÃO CRIMINAL. INDEFERIMENTO DA INICIAL. DECLARAÇÃO DA VÍTIMA EM CARTÓRIO. RETRATAÇÃO FEITA EM JUÍZO JÁ ANALISADA NA SENTENÇA E EM ACÓRDÃO DESTA CORTE DE JUSTIÇA. INEXISTÊNCIA DE PROVA NOVA. DECISÃO MANTIDA.

"Dada ampla oportunidade à defesa para a realização da prova oral no curso do processo penal de conhecimento, momento adequado para a cognição exauriente do thema probandum, inviável em sede de justificação a reabertura da instrução criminal, máxime quando não demonstrada claramente que a prova que se pretende produzir seja dotada da característica da novidade" (STJ, RHC n. 69.390/SP, Mina. Maria Thereza de Assis Moura, j. em 5/5/2016).

PEDIDO DE JUSTIÇA GRATUITA. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS. HIPOSSUFICIÊNCIA NÃO DEMONSTRADA. PATROCÍNIO DA CAUSA POR DEFENSOR CONSTITUÍDO. Além de não comprovada a hipossuficiência do apelante, este é assistido por defensor constituído, que, ademais, não tem procuração com poderes específicos para postular a isenção das custas processuais. RECURSO NÃO PROVIDO.

Assim, nega-se o benefício da justiça gratuita.



**ESTADO DE SANTA CATARINA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

Mérito

No mérito, a defesa de Tiago restringe-se a requerer a concessão do tráfico privilegiado (Lei 11.343/2006, art. 33, § 4º), ao argumento de que seus requisitos se encontram preenchidos no caso concreto.

A questão, no entanto, é de simples desate e adiante-se, pois, que razão não assiste à defesa.

Pelo que se infere dos autos, Thiago Rios Menezes adquiriu, pelo menos, 2 (duas) porções de maconha, com massa bruta de 42,6 g (quarenta e dois gramas e seis decigramas), e 3 (três) petecas de cocaína, com massa bruta de 1,2 g (um grama e dois decigramas), para expô-las à venda no Beco da Lixeira, no Morro do Horácio, em Florianópolis. Dessa forma, na noite de 14 de maio de 2017, visando impulsionar o negócio espúrio, Thiago postou-se no Beco da Lixeira, localizado na Servidão dos Anjos, à espera de usuários, trazendo consigo, para revenda, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar, as referidas porções de maconha e cocaína.

Naquela noite, por volta das 23h, agentes da Polícia Militar efetuavam uma operação na localidade mencionada, com o intuito de coibir a ocorrência do comércio ilícito de entorpecentes, ocasião em que abordaram Thiago na posse dos entorpecentes e de um revólver marca Taurus, calibre .38, número de série NL14095, carregado com 5 (cinco) munições intactas do mesmo calibre. Em revista pessoal, localizou-se outras 5 (cinco) munições do mesmo calibre, as quais Thiago mantinha sob sua guarda, todas sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar. Além disso, apreenderam 2 (dois) torrões de maconha e as 3 (três) petecas de cocaína, bem como 1 (uma) balança de precisão, razão por que procederam à sua prisão em flagrante.

A materialidade e autoria delitivas não foram impugnadas em sede



**ESTADO DE SANTA CATARINA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

recursal e emergem do Boletim de Ocorrência (fls. 3-4), Termo de Exibição e Apreensão (fl. 5), Laudos Periciais (fls 18 e 78-80) e depoimentos colhidos na fase indiciária devidamente renovada sob o crivo do contraditório.

Em respeito aos princípios *tantum devolutum quantum appellatum* e da dialeticidade, mormente diante do que dispõem o art. 599 do Código de Processo Penal, examinar-se-á somente a parte da sentença em face da qual se insurgiu a defesa que, no caso, resume-se ao afastamento do tráfico privilegiado.

Inicialmente, convém ressaltar que as penas alusivas aos delitos previstos no caput e no § 1º do art. 33 da Lei 11.343/2006, poderão ser reduzidas de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços) ante o reconhecimento da benesse que alude o art. 33, § 4º, do mesmo diploma legal, caso evidenciado que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique a atividades e nem integre organização criminosas.

Sobre os pressupostos para a concessão da benesse, ensinam Luiz Flávio Gomes, Alice Bianchini, Rogério Sanches Cunha e Willian Terra de Oliveira, in Nova lei de Drogas comentada artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 165: "[...] no delito de tráfico (art. 33, caput) e nas formas equiparadas (§ 1º), as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário (não reincidente), de bons antecedentes e não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa (traficante, agindo de modo individual e ocasional). Os requisitos são subjetivos e cumulativos, isto é, faltando um deles inviável a benesse legal [...]".

Na hipótese, não se olvida que Thiago seja primário e que ausentes maus antecedentes. No entanto, as circunstâncias do caso concreto demonstram que ele possuía vínculo estreito com o comércio espúrio e se dedicava a atividades criminosas. Isso porque, como visto, o apelante foi abordado na "Boca



**ESTADO DE SANTA CATARINA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

da Lixeira", local conhecido pela prática do tráfico de drogas. Em revista pessoal, procedeu-se à apreensão de 42,6g (quarenta e duas gramas e seis decigramas) de maconha e 1,2g (uma grama e duas decigramas) de cocaína, ambas individualizadas em porções destinadas à comercialização. Apreendeu-se, ainda, 1 (uma) balança de precisão, instrumento habitualmente localizado na posse dos agentes que possuem vínculo com o tráfico de drogas. Também localizou-se 1 (um) revólver marca taurus calibre .38 e 10 (dez) munições intactas do mesmo calibre, e a quantia de R\$ 50,00 (cinquenta reais) em espécie, cuja procedência lícita não foi demonstrada pelo apelante, ônus que lhe incumbia (CPP, art. 156).

Outrossim, não obstante a ausência de condenação apta a gerar a reincidência, o apelante já havia sido preso em flagrante pela prática do tráfico de drogas no dia **2 de dezembro de 2016**, ou seja, 5 (cinco) meses antes da abordagem que resultou na persecução ora analisada, a qual ocorreu no dia **15 de maio de 2017**. Convém ressaltar, no tocante, que Thiago confessou que "havia passagem por tráfico e que realmente estava comercializando entorpecentes na boca".

No ponto, "consoante entendimento desta Corte, inquéritos policiais e ações penais em curso não podem ser utilizados para valoração negativa dos antecedentes e da reincidência (Súmula 444). Todavia, é possível que esses fatos criminais sejam utilizados para justificar o afastamento da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, quando possibilitarem a conclusão de que o agente participa de organização criminosa ou se dedica a atividades ilícitas" (AgRg no AREsp 701.543/ES, Quinta Turma, Rel. Ministro Gurgel de Faria, j. Em 23.2.2016).

Esta Câmara não dissente:

1) Apelação Criminal 2015.050172-8, desta Câmara, rel. Des. Rui



**ESTADO DE SANTA CATARINA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

Fortes, j. em 24.11.2015:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A SAÚDE PÚBLICA. TRÁFICO DE DROGAS. SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA. PLEITO ABSOLUTÓRIO POR AUSÊNCIA DE PROVAS. INVIABILIDADE. MATERIALIDADE DO CRIME E AUTORIA DEVIDAMENTE COMPROVADAS. RÉU ABORDADO POR POLICIAIS MILITARES APÓS PERSEGUIÇÃO, NA POSSE DE 50 (CINQUENTA) PEDRAS DE CRACK E 1 (UM) TORRÃO DE MACONHA. [...] PEDIDO DE APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE, NA ESPÉCIE. **DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA QUE IMPEDE A CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. RÉU QUE JÁ POSSUI UMA CONDENAÇÃO AINDA NÃO TRANSITADA EM JULGADO, MAS QUE SERVE PARA DEMONSTRAR QUE VIVE DA PRÁTICA DE CRIMES, SOBRETUDO PORQUE NÃO FEZ PROVA DO EXERCÍCIO DE ATIVIDADE LÍCITA.** [...] RECURSO DESPROVIDO.

2) Apelação Criminal 2015.035396-9, desta Câmara, rel. Des. Leopoldo Augusto Brüggemann, j. em 21.7.2015:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A SAÚDE PÚBLICA. TRÁFICO DE DROGAS (ART. 33, *CAPUT*, DA LEI N. 11.343/2006). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSOS DEFENSIVO E MINISTERIAL. RECURSO DEFENSIVO.[...] RECURSO MINISTERIAL. BENEFÍCIO DO § 4º DO ART. 33 DA LEI ANTIDROGAS. **RECURSO MINISTERIAL NO SENTIDO DE AFASTAMENTO, POR DEMONSTRADA A HABITUALIDADE NO COMÉRCIO ILEGAL. POSSIBILIDADE. ACUSADO PRESO QUANDO GOZAVA DE MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO EM PROCESSO QUE APURA, EM SEU DESFAVOR, TAMBÉM O DELITO DE TRÁFICO. INTERVALO DE MENOS DE TRÊS MESES ENTRE AS DUAS PRISÕES. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA DEMONSTRADA. SENTENÇA REFORMADA NESTE PONTO.**

Portanto, o apelante não satisfaz simultaneamente os requisitos do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, razão por que não há falar na aplicação do tráfico privilegiado. É o que torna o pedido de aplicação da benesse em seu patamar máximo (2/3), adequação do regime inicial de cumprimento da pena e substituição da reprimenda por restritivas de direitos prejudicados.

Continuando, o apelante pretende a minoração da pena de multa



**ESTADO DE SANTA CATARINA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

com fundamento na sua hipossuficiência financeira.

No entanto, a consideração da capacidade financeira do apelante não é suficiente a ensejar, por si só, a diminuição do quantum outrora fixado.

Sobre o tema, é importante observar que dentro de uma conjuntura em que o tráfico tem sido observado como força motriz de grande parte da criminalidade, por motivos de política criminal, o legislador destinou a esse tipo de delito maiores reprimendas, o que inclui a pena de multa, justamente com o intuito de maximizar o caráter de prevenção geral da lei penal.

Evidentemente, a cominação de penas de multa em patamares mais elevados na Lei 11.343/2006 guarda proporcionalidade com o rigor a gravidade do crime de tráfico e o tratamento diferenciado que se lhe atribuiu em razão de sua equiparação a crimes hediondos (CF, art. 5º, XLI; Lei 8.072/1990, art. 2º, *caput*). Por isso, a quantidade da multa estipulada *"no patamar previsto na lei especial, não ofende a Constituição Federal de 1988, na medida em que diferencia o número mínimo e máximo de dias-multa daqueles previstos no art. 49, caput, do Código Penal, com o objetivo precípuo de desestimular a prática dos crimes que envolvam o tráfico de drogas, inclusive diante da sua maior gravidade como um todo para o corpo social"*. (Apelação Criminal 2015.04947-7, Primeira Câmara Criminal, rel. Des. Carlos Alberto Civinski, j.em 13.10.2015).

Logo, a pena de multa também deve permanecer incólume.

Por fim, a defesa almeja a fixação de regime inicial mais brando em decorrência da detração.

No entanto, de acordo com o art. 387, §2º, do Código de Processo Penal, a detração serve tão somente para subtrair da pena definitivamente aplicada os dias em que o acusado esteve provisoriamente preso, a fim de que na sentença ou acórdão condenatórios, com base no resultado dessa operação,



**ESTADO DE SANTA CATARINA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

estabeleça-se o regime adequado de acordo com os parâmetros definidos no art. 33, § 2º, do Código Penal. Não se confunde, portanto, com a fração de pena a cumprir exigida pelo instituto da progressão de regime prisional, cuja análise, em comunhão com outros requisitos, pertence ao juízo da execução penal.

É o que se colhe do Superior Tribunal de Justiça (HC 321.808/SP, Sexta Turma, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, j. em 9.6.2015):

PENAL. *HABEAS CORPUS*. ART. 157, *CAPUT*, DO CÓDIGO PENAL. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME DE ROUBO PARA FURTO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. REGIME INICIAL FECHADO. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. REPRIMENDA DEFINITIVA SUPERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO. REINCIDÊNCIA. REGIME INICIAL FECHADO. ADEQUAÇÃO. APLICAÇÃO DO ART. 387, § 2.º, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR. NÃO CONHECIMENTO. [...]

3. Nos termos do art. 33 do CP, fixada a pena em patamar superior a 4 anos de reclusão, não é cabível a estipulação do regime inicial semiaberto, quando existe circunstância judicial desfavorável e o réu é reincidente.

4. O § 2.º do art. 387 do CPP, com redação dada pela Lei n.º 12.736/12, não guarda relação com o instituto da progressão de regime, revelado na execução penal, eis que o legislador cuidou de abranger o referido dispositivo no Título XII - Da Sentença. Diante de tal fato e em razão do próprio teor do dispositivo, que se refere a regime inicial de cumprimento de pena, incumbe ao juiz sentenciante a verificação da possibilidade de se estabelecer um regime inicial mais brando, tendo em vista a detração no caso concreto. Notabiliza-se que o mencionado artigo não evidencia progressão de regime, motivo pelo qual não há falar em exame dos critérios objetivo (lapso temporal) e subjetivo (comportamento carcerário), até porque tal avaliação invadiria a competência do Juízo das Execuções prevista no art. 66, III, b, da Lei de Execuções Penais.

5. A ação constitucional, no tocante à aplicação do art. 387, § 2.º, do CPP, não se reveste do indispensável requisito formal, qual seja, o interesse de agir, já que o fato de o paciente ter cumprido 1/6 de uma condenação de 5 anos e 7 meses de reclusão, conforme afirmado pela defesa, não surtirá efeito no estabelecimento do regime inicial de cumprimento de pena. O parâmetro básico de avaliação para fixação do regime inicial (quantum de pena, circunstâncias judiciais e reincidência) não se altera com aplicação do art. 387, § 2.º, do CPP,



**ESTADO DE SANTA CATARINA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

eis que, na hipótese, há circunstâncias judiciais desfavoráveis e reincidência, logo, independente do quantum de pena restante, o cenário revela a adequação do regime inicial fechado. [...].

No caso, o desconto do período em que o apelante permaneceu preso provisoriamente (4 meses) do quantum da pena que lhe foi aplicada não influi na fixação do regime prisional, pois, diante do resultado dessa operação (a sanção corporal permanecerá superior a 4 anos), mantém-se cabível o semiaberto, nos termos do art. 33, § 2º, "a", do Código Penal, c/c art. 42 da Lei 11.343/2006.

Assim, incabível, também, o reconhecimento da detração.

Logo, na ausência de elementos a autorizar a reforma da sentença recorrida, outra alternativa não resta a não ser o desprovimento do recurso interposto.

Execução Provisória da Pena

Por fim, mantida a condenação por esta Corte de Justiça, nos termos do novo posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal no HC 126.292/SP e das razões contidas no voto vencedor deste Relator nos autos 0000516-81.2010.8.24.0048, especialmente pela impossibilidade de rediscussão da matéria fática nas Instâncias Superiores, transmuda-se os fundamentos da prisão imposta ao apelante Thiago Rios Menezes, que passa de segregação cautelar para a de cumprimento de acórdão penal condenatório, restando prejudicada a análise do pedido referente a seu direito de recorrer em liberdade.

À vista do exposto, vota-se no sentido de conhecer do recurso e negar-lhe provimento.

Este é o voto.