



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
Quinta Câmara Criminal

Registro: 2019.0000395257

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0002405-26.2016.8.26.0300, da Comarca de Jardinópolis, em que são apelantes [REDACTED] e [REDACTED], é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 5ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Afastaram a preliminar e negaram provimento aos apelos. V.U., de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores DAMIÃO COGAN (Presidente), TRISTÃO RIBEIRO E GERALDO WOHLERS.

São Paulo, 22 de maio de 2019.

Damião Cogan
Desembargador Relator
Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
Quinta Câmara Criminal

APELAÇÃO CRIMINAL nº 0002405-26.2016.8.26.0300

APELANTES: [REDACTED] E [REDACTED]
APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

JARDINÓPOLIS

VOTO Nº **39565**

Apelação criminal. Tráfico de drogas e furto. Preliminar de nulidade afastada. Pretensão de absolvição ao argumento de insuficiência probatória. Pedidos subsidiários afastados. Conjunto probatório robusto a sustentar a condenação. Penas e regime mantidos. Recurso improvido.

[REDACTED] foi condenado como incurso no art. 155, §4º, incisos I,II e IV, do Código Penal à pena de 01 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão, em regime fechado, e pagamento de 09 dias-multa, no mínimo legal; e no artigo 33, “caput”, da Lei 11.343/2006 à pena de 01 ano e 08 meses de reclusão, em regime fechado, e pagamento de 166 dias-multa, no mínimo legal.

[REDACTED] foi condenado como incurso no art. 155, §4º, incisos I,II e IV, do Código Penal à pena de 02 anos, 08 meses e 20 dias de reclusão, em regime fechado, e pagamento de 12 dias-multa, no mínimo legal; e no artigo 33, “caput”, da Lei 11.343/2006 à pena de 05 anos e 10 meses de reclusão, em regime fechado, e pagamento de 583 dias-multa, no mínimo legal (fls. 324/341).

Irresignada, apela a defesa pretendendo, preliminarmente, o reconhecimento de nulidade ocorrida na fase do inquérito policial, entendendo que uma notícia anônima não pode ensejar procedimento investigatório por afronta aos direitos e garantias individuais. Entende que deveria haver uma investigação preliminar e posterior requerimento ao Poder Judiciário de expedição de mandado de busca e apreensão nas residências. No mérito, pleiteia pela absolvição dos apelantes por insuficiência probatória. Subsidiariamente, requer o afastamento da qualificadora relativa ao rompimento de obstáculo para ambos os réus; o reconhecimento da atenuante da confissão para [REDACTED] com a redução da pena,



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
Quinta Câmara Criminal

e a fixação do regime semiaberto para [REDACTED] (fls. 357/365).

O reclamo foi contrariado (fls. 409/416).

A douta Procuradoria de Justiça é pelo improvimento do recurso defensivo (fls. 423/428).

É o relatório.

A preliminar de nulidade arguida não pode ser acolhida.

Restou apurado que os policiais militares, em diligências averiguavam informação recebida da localização dos bens furtados, os quais estariam nas residências dos acusados. Inicialmente, [REDACTED] ao perceber a aproximação policial empreendeu fuga, o que permitiu a perseguição e que adentrassem em sua moradia. Depois disso, os familiares de [REDACTED] permitiram a averiguação policial naquela casa.

Em seguida, verificado que os acusados guardavam, cada um em sua residência, além dos bens produtos do furto praticado, também porções de cocaína, caracterizando ainda, pois, o estado de flagrância do delito permanente.

O delito de tráfico tem natureza permanente, o que autoriza o ingresso dos policiais nas residências dos acusados, de modo que não há qualquer irregularidade ou nulidade em suas condutas.

Previamente a serem interpelados na via pública, dando conta da identificação dos autores do delito de furto, os policiais militares já haviam recebido a notícia via COPOM do furto em uma residência, apontando os bens subtraídos. Assim que receberam a notícia, verificaram que os bens noticiados que estariam nas residências dos acusados eram os mesmos furtados naquele dia de uma residência, o que, aliado aos réus serem conhecidos nos meios policiais pela prática de crimes, reforça a fundada suspeita e investigação preliminar

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
Quinta Câmara Criminal

necessárias para o início da ação policial.

A abordagem policial foi iniciada na residência de [REDACTED] ocasião em que este empreendeu fuga, pulando muros e deslocando-se pelos telhados das casas vizinhas, ensejando a entrada dos policiais em sua residência.

A segunda abordagem ocorreu na residência de [REDACTED], sendo a entrada franqueada por seus familiares, conforme noticiados em sede do inquérito policial, estando, pois, definitivamente superada a pretendida nulidade.

Assim, a busca e apreensão realizada nas residências dos apelantes foram plenamente legítimas, tanto pela situação de flagrância, quanto mais pela plausível suspeita de posse de bens obtidos por meio criminoso.

Nesse sentido a jurisprudência:

“Cinge-se a discussão sobre a legitimidade do procedimento policial que, após o ingresso no interior da residência de determinado indivíduo, sem o seu consentimento válido e sem autorização judicial, logra encontrar e apreender drogas, de sorte a configurar a prática do crime de tráfico de entorpecente, cujo caráter permanente autorizaria o ingresso domiciliar. Inicialmente, cumpre pontuar que o texto constitucional estabeleceu no art. 5º, XI, a máxima de que a residência é asilo inviolável, atribuindo-lhe contorno de direito fundamental vinculado à proteção da vida privada e ao direito à intimidade. Ao mesmo tempo, previu, em *numerus clausus*, as respectivas exceções, quais sejam: a) se o morador consentir; b) em flagrante delito; c) em caso de desastre; d) para prestar socorro; e) durante o dia, por determinação judicial. Aliás, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do RE n. 603.616/RO, com repercussão geral previamente reconhecida, assentou que “a entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas *a posteriori*, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade dos atos praticados” (Rel. Ministro Gilmar Mendes, DJe 8/10/2010). No entanto, embora a jurisprudência tenha caminhado no sentido de que as autoridades podem ingressar em domicílio, sem o consentimento do morador, em hipóteses de flagrante-delito de crime permanente – de que é exemplo o tráfico de drogas –, o entendimento merece ser aperfeiçoado, dentro, obviamente, dos limites definidos pela Carta Magna e pelo Supremo Tribunal Federal, para que se possa perquirir em qual medida a entrada forçada em domicílio é tolerável. O crime de tráfico de drogas, por seu tipo plurinuclear, enseja diversas situações de flagrante que não devem ser confundidas. Nem sempre o agente traz consigo drogas ou age ostensivamente de modo a ser possível antever que sua conduta se insere em alguma das dezoito alternativas típicas que justificam o flagrante, com a mitigação de um direito fundamental. Nesses casos, espera-se que a autoridade policial proceda a investigações preliminares que a levem a descobrir, v. g., que a residência de determinado indivíduo serve de depósito ou de comercialização de

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
Quinta Câmara Criminal

substâncias entorpecentes, de modo a autorizar o ingresso na casa, a qualquer hora do dia ou da noite, dada a natureza permanente do tráfico de drogas. Na hipótese em que o acusado encontra-se em local supostamente conhecido como ponto de venda de drogas, e, ao avistar o patrulhamento policial, empreende fuga até sua residência (por motivos desconhecidos) e, em razão disso, é perseguido por policiais, sem, contudo, haver um contexto fático do qual se possa concluir (ou, ao menos, ter-se fundada suspeita), que no interior da residência também ocorre uma conduta criminosa, a questão da legitimidade da atuação policial, ao invadir o domicílio, torna-se extremamente controversa. Assim, ao menos que se possa inferir, de fatores outros que não a mera fuga ante a iminente abordagem policial, que o evasor esteja praticando crime de tráfico de drogas, ou outro de caráter permanente, no interior da residência onde se homiziou, não haverá razão séria para a mitigação da inviolabilidade do domicílio, ainda que haja posterior descoberta e apreensão de drogas no interior da residência – circunstância que se mostrará meramente acidental –, sob pena de esvaziar-se essa franquia constitucional da mais alta importância. O que se tem, portanto, é apenas a intuição acerca de eventual traficância praticada pelo recorrido, o que, embora pudesse autorizar abordagem policial, em via pública, para averiguação, não configurou, por si só, "fundadas razões" a autorizar o ingresso em seu domicílio, sem o seu consentimento e sem determinação judicial. (STF, 6ª Turma, REsp 1.574.681-RS, Rel. Ministro Rogério Schietti Cruz, j. 20.04.2017, DJe 30.05.2017)

No mérito, melhor sorte não socorre os apelantes.

Consta dos autos que, no dia 06 de outubro de 2016, no período da tarde, na Rua João Correia, nº 35, bairro Nossa Senhora Aparecida, Jardimópolis – SP, os apelantes, agindo em concurso e com unidade de desígnios, mediante escalada e rompimento de obstáculo, subtraíram coisas alheias móveis consistentes em duas sacolas de viagem de cor preta, um notebook; dois notebooks; além de três anéis; 11 pares de brincos, 01 corrente, 04 gargantilhas; perfumes nacionais e importados; e 01 nota de 100 BATH (moeda tailandesa, equivalente a R\$9,22), pertencentes à vítima *Mariana Bonela Martins*.

Consta, ainda, que, no dia 07 de outubro de 2016, durante a madrugada, na Rua Mauro Pizorusso, nº 258, Jardimópolis – SP, [REDACTED] guardava para fins de tráfico e entrega ao consumo de terceiros, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar, 32,480g de "cocaína" em pó, dividida e individualizada e acondicionada em 112 microtubos plásticos do tipo *eppendorf*.

Consta, por fim, que, no dia 07 de outubro de 2016, durante a madrugada, na Av. Alfredo Vilela nº 89, bairro Mário Marconi, Jardimópolis – SP, [REDACTED] guardava para fins de tráfico e entrega ao consumo de terceiros, sem



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
Quinta Câmara Criminal

autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar, 6,460g de "cocaína" em pó, dividida, individualizada e acondicionada em 23 microtubos plásticos do tipo eppendorf.

Segundo apurado, no dia 06.10.2016, os apelantes, pretendendo cometer o crime de furto, dirigiram-se até a residência da vítima e, aproveitando-se da ausência de vigilância da mesma, mediante escalada do muro e arrombamento da janela da cozinha, ingressaram na residência referida e subtraíram os itens acima mencionados, evadindo-se em seguida.

Apurou-se, ainda, que no dia 07.10.2016, [REDACTED], bem como [REDACTED], possuíam em suas respectivas residências o montante de drogas supramencionado.

No dia 07.10.2016, policiais militares, após receberem informações de que os apelantes haviam furtado a casa da vítima citada, dirigiram-se até a residência dos mesmos, onde encontraram os bens subtraídos.

A materialidade restou comprovada pelos autos de exibição e apreensão da droga e dos objetos furtados a fls. 24/25 e 26/28, pelo auto de reconhecimento de objeto de fls. 29, fotos de fls. 31/90, pelo laudo de constatação provisória de fls. 91/93 e 94/96, auto de avaliação dos objetos de fls. 129/131, laudo do local de fls. 285/288 e laudos de exame químico-toxicológico de fls. 133/134 e 135/136, resultando positivos para **COCAÍNA**.

Na fase policial ambos permaneceram silentes (fls. 14/15).

Em juízo, [REDACTED] confessou o crime de furto, relatando que pularam o muro e abriram a janela, que estava encostada. Negou o arrombamento da janela e ter droga em sua casa. Relatou que queria só as correntes e um perfume, uma cédula "que não valia nada" e umas moedas. Os policiais pegaram as drogas na casa de [REDACTED] para lhe acusar falsamente. (mídia audiovisual).

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
Quinta Câmara Criminal

Ouvido em Juízo, [REDACTED] confessou o furto, relatando que escalou o muro, mas encontrou a janela aberta, não a arrombou. Admitiu ter 140 cápsulas de cocaína em sua casa. Disse que os policiais chegaram de madrugada, assustou-se, pulou o muro da casa e saiu correndo. Foi detido e admitiu a propriedade da droga. Em seguida, os policiais disseram que iriam à casa de [REDACTED] e que se não achassem nada colocariam drogas na casa dele. Os policiais disseram que se [REDACTED] não aparecesse, levaria a irmã dele e acabaram “jogando” a droga para [REDACTED], mas a droga era do declarante. Relatou que o declarante havia saído da cadeia há cinco meses e que os policiais Wander e Rafael sempre o abordavam e batiam, dando tapas na sua cara (mídia audiovisual).

A vítima do furto declarou que saiu para trabalhar e quando voltou encontrou a janela da cozinha aberta e foi até o posto policial porque ficou com medo que houvesse alguém lá dentro de sua residência. Quando os policiais entraram em sua casa confirmaram que havia sido furtada porque a casa estava toda revirada. Disse que no mesmo dia, policiais bateram na sua porta dizendo que tinham achado duas pessoas e pediram para reconhecesse alguns objetos. Disse que recuperou dois notebooks, algumas bijuterias, uma correntinha de ouro, perfumes. Só o dinheiro não foi recuperado, que estava em um envelope que ia ser depositado, era cerca de duzentos reais. Os furtadores tentaram arrombar uma janela e não conseguiram, então tentaram outra, por onde entraram em sua casa. O muro de sua casa é bem alto (mídia audiovisual).

Os policiais militares que efetuaram a prisão dos apelantes narraram os fatos conforme descritos na denúncia. Parte dos objetos furtados estava na casa de [REDACTED] vulgo “China”, e outra parte na casa de [REDACTED]. Localizaram também na casa de ambos pinos de cocaína. Assim que chegaram a casa de [REDACTED], este já empreendeu fuga, escalando muros e casas vizinhas, mas conseguiram alcançá-lo. Na casa de [REDACTED] tiveram a entrada franqueada por familiares. Na oportunidade ambos confessaram somente o furto. Os acusados eram conhecidos dos meios policiais pela prática de tráfico de drogas, furto e roubo. Os fatos se deram a noite (mídia audiovisual).



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
Quinta Câmara Criminal

A testemunha Brenda, irmã de [REDACTED] disse que os policiais chegaram na sua residência invadindo, porque não tem portão. Confirmou a apreensão do perfume e das correntinhas e umas moedinhas. Não foi encontrada droga em sua residência, apenas viu a droga na Delegacia. Na Delegacia, entretanto, confirmou a apreensão da droga, mas em juízo relatou que foi obrigada a assinar o documento sem ler. Tal testemunho, entretanto, não tem valor probatório, eis que parente de um dos acusados com interesse no desfecho da ação penal. (mídia audiovisual).

A testemunha Luan, irmão de [REDACTED] confirmou a apreensão de vários objetos, mas se lembra de um frasco de perfume, um notebook, além de droga encontrada no quarto do réu, aparentemente cocaína. Relatou não ter autorizado a entrada dos policiais. (mídia audiovisual).

A testemunha Gilcelia Fabiana Nascimento, mãe de [REDACTED], e relatou conhecer [REDACTED]. Relatou que estava em casa quando os policiais chegaram, sua casa não tem portão e a porta não tem fechadura, e os policiais ingressaram sem sua autorização. Apreenderam trezentos reais de propriedade da declarante, dinheiro da pensão que recebe. Foram encontrados uma correntinha e um vidro de perfume em sua residência, que seu filho disse que havia comprado. Seu filho era usuário de drogas, mas na época já havia parado de consumir. Negou terem encontrado drogas no local. (mídia audiovisual).

O furto e o tráfico restaram bem comprovados, não havendo que falar em absolvição, restando isoladas as negativas de autoria do tráfico diante do farto conjunto probatório amalhado nos autos.

Trata-se de réus presos em flagrante delito, sendo que tinham consigo produtos do furto e guardavam considerável quantidade de drogas, embaladas individualmente para entrega a usuários.

Assim o amplo conjunto probatório revela de forma incontestável que os apelantes praticavam o tráfico ilícito de entorpecentes, seja pelas



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
Quinta Câmara Criminal

circunstâncias que o envolvem e o ocorrido, seja pela quantidade da droga apreendida, como pela forma como estava acondicionada, sendo 32,480g de "cocaína" em pó, dividida e individualizada e acondicionada em 112 microtubos plásticos do tipo *ependorf* (██████) e 6,460g de "cocaína" em pó, dividida, individualizada e acondicionada em 23 microtubos plásticos do tipo *ependorf* (██████).

Anote-se que uma fileira de cocaína é confeccionada com 0,100 a 0,125 gramas da droga aproximadamente, o que evidencia que a droga apreendida era destinada a entrega a consumo de terceiros. Dessa forma, a quantidade de gramas era suficiente para o comércio e lesar a saúde pública.

Anote-se também que não há razão para se duvidar da palavra dos policiais, posto que seus depoimentos merecem integral credibilidade, não havendo qualquer elemento apto a abalar a convicção, vez que a versão foi confirmada pelo auto de prisão em flagrante e por todo o conjunto probatório.

Ademais, do que se depreende dos autos, não tinham os policiais qualquer motivo para falsamente incriminar o apelante, logo não há motivo para descrer da palavra dos milicianos.

A propósito já decidiu o Supremo Tribunal Federal no sentido de que 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 (*HC 74.608-0*, Rel. Min. CELSO DE MELLO, j. 18.2.97, D.O.U. de 11.4.97, p. 189).



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
Quinta Câmara Criminal

A condenação, pois, era medida de rigor.

As penas não exigem ajuste porque foram dosadas de acordo com os parâmetros previstos em lei, estando motivadas, individualizadas e adequadas à hipótese dos autos.

Quanto ao delito de furto, as qualificadoras relativas ao concurso de pessoas, à escalada e ao rompimento de obstáculo restaram bem comprovadas pela prova oral, bem como pelo laudo pericial e fotos de fls. 285/288, indicando *“a residência de interesse foi acessada por meio de escalada da região média lateral direita do muro do perímetro. Na ocasião dos exames, foi observado amolgamento da região do batente da folha dupla metálica da janela do cômodo anterior direito (quarto) e posterior esquerdo (cozinha; e local de entrada), à guisa de instrumento de alavanca”*, não havendo como serem afastadas.

Desse modo, a negativa dos réus no sentido de que não arrombaram a janela não merece acolhida e, assim, afasta a pretensão do reconhecimento da confissão espontânea.

Para [REDACTED] quanto ao delito de furto, em vista da existência de três qualificadoras, a pena base foi fixada apenas 1/6 acima do mínimo legal. Na segunda fase, presente a atenuante da menoridade (artigo 65, I, do CP – data de nascimento 25/10/1995), a pena foi reduzida em 1/6, totalizando 01 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão, e pagamento de 09 dias-multa, mantida neste patamar diante da ausência de causas de aumento ou diminuição de pena.

Para o delito de tráfico de drogas, a pena base foi fixada no mínimo legal. Na segunda fase, apesar da presença da atenuante da menoridade, as penas não puderam ser diminuídas aquém do mínimo legal, conforma a Súmula 231, do STJ. Na terceira fase, foi reconhecida a causa especial de diminuição de pena relativa ao artigo 33, §4º, da Lei 11.343/2006, atenuando-se a pena em 2/3, totalizando 01 ano e 08 meses de reclusão, e pagamento de 166 dias-multa, no mínimo legal.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
Quinta Câmara Criminal

Aplicadas as regras do concurso material, as penas somaram-se totalizando 03 anos, 07 meses e 10 dias de reclusão, e pagamento de 175 dias-multa, no mínimo legal.

Para o réu [REDACTED] quanto ao furto, em vista da existência de três qualificadoras, a pena base foi fixada apenas 1/6 acima do mínimo legal. Na segunda fase, presente a agravante da reincidência (certidão de fls. 232 – condenação por roubo qualificado, data do fato 07/07/2014 e trânsito em julgado para a defesa 27/09/2016) a pena foi agravada em 1/6, totalizando 02 anos, 08 meses e 20 dias de reclusão, e pagamento de 12 dias-multa, no mínimo legal, mantida neste patamar diante da ausência de causas de aumento ou diminuição de pena.

Para o delito de tráfico, a pena base foi fixada no mínimo legal. Na segunda fase, presente a agravante da reincidência, a pena foi aumentada em 1/6, totalizando 05 anos e 10 meses de reclusão, e pagamento de 583 dias-multa, no mínimo legal, mantida neste patamar diante da ausência de causas de aumento ou diminuição de pena.

[REDACTED] é reincidente. A agravante da reincidência é preponderante, e ainda que reconhecida a circunstância atenuante da confissão, nos termos do artigo 67, do Código Penal, justifica-se a elevação das penas na fração de 1/6, pelo que fica mantida nos termos da r. sentença.

A diminuição prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006 é para casos especialíssimos, não sendo a hipótese do apelante [REDACTED] em face da reincidência, o que também afasta a conversão da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos e a concessão de *sursis*.

Aplicadas as regras do concurso material, as penas somaram-se totalizando 08 anos, 06 meses e 20 dias de reclusão, e pagamento de 595 dias-multa, no mínimo legal.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
Quinta Câmara Criminal

Todavia, as reprimendas impostas impedem a substituição da carcerária por restritivas de direitos, eis que tal benesse é incompatível com o delito de tráfico de entorpecentes, crime de natureza grave, flagelo mundial, que vem causando intranquilidade à população ordeira. Ademais, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos deve ser pautada pelas circunstâncias do caso concreto, tomando-se por base os critérios legais dispostos no art. 44 do Código Penal. No caso em tela, referida substituição só estimularia a prática do delito por ausência de punição adequada, de modo que não é medida socialmente recomendável, a substituição da pena privativa de liberdade ao condenado que se dedica ao comércio ilícito de drogas, não se aplicando também pelo *quantum* das penas impostas.

O regime inicial fechado é o único adequado em face do Princípio da Suficiência Penal, mormente porque se trata de delito equiparado a hediondo, que enseja maior repressão e reprovação, por ser verdadeiro flagelo da sociedade hodiernamente. Eventual revogação da Súmula 512, do C. Superior Tribunal de Justiça não é vinculante.

Anote-se que regime menos gravoso é incompatível com a infração de tráfico de drogas, que se tornou uma das grandes pragas modernas a atormentar a sociedade, mormente no Brasil, antes país de passagem da droga para o exterior, sendo hoje um dos países com grande número de traficantes, passando a droga a ser utilizada aqui, sendo exemplo disso que 70% dos processos em julgamento nas sessões ordinárias dessa E. Câmara, sempre em número superior a 500 feitos, são referentes a tráfico de drogas.

Assim, transformando-se o tráfico num dos verdadeiros cancros da atualidade, envolvendo jovens e desagregando famílias, deve ele ser combatido com rigor, rigor este que só se encontra presente na imposição do regime fechado para o traficante.

Ademais, não pode o julgador ter seu olhar voltado para as estrelas, mas deve ser homem do seu tempo, que não ignora que a leniência com o tráfico

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
Quinta Câmara Criminal

destrói famílias, jogando usuários e viciados na sarjeta, bem como incrementa roubos, latrocínios, furtos e homicídios.

Anote-se ainda que é inviável a aplicação do art. 387, §2º, do Código de Processo Penal, em razão da ausência de informações para o fim de aferir o tempo efetivo do cumprimento da prisão cautelar até o presente momento.

Ademais, a fixação do regime não é determinada somente pelo desconto do decurso da pena provisória cumprida, mas também em conformidade com o art. 33, § 3º, e art. 59, ambos do Código Penal.

E o C. Superior Tribunal de Justiça já decidiu nesse sentido:

"APLICAÇÃO DO DISPOSTO NO § 2º DO ART. 387 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL - CPP, COM A REDAÇÃO DA LEI N. 12.736/12. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS SUFICIENTES NOS AUTOS. ANÁLISE PELO JUÍZO DAS EXECUÇÕES.

Não obstante a ausência de requerimento explícito da defesa quanto à matéria, não poderia me furtar à análise do entendimento do magistrado que não aplicou a detração prevista no § 2º do art. 387 do Código de Processo Penal, por considerar flagrante a ilegalidade perpetrada nesse ponto.

A meu ver, não pode o magistrado sentenciante deixar de aplicar o comando do referido dispositivo, com base na gravidade abstrata do delito, tendo em vista que inexistente previsão para tal discricionariedade e por contrariar a jurisprudência consolidada neste Superior Tribunal de Justiça.

No entanto, à vista da ausência, nos autos, de elementos necessários à aplicação do disposto no art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal, caberá ao Juízo das Execuções examinar se o tempo de prisão cautelar do paciente autoriza a fixação de regime mais brando.

Habeas corpus não conhecido. Concessão da ordem, de ofício, para fixar o regime inicial semiaberto, determinando ao Juízo das Execuções que examine, com base no § 2.º do art. 387 do Código de Processo Penal, se o tempo de prisão cautelar do paciente permite a fixação de regime mais brando." (STJ, HC 342.041/SP, Rel. Ministro Ericson Marinho (Desembargador convocado do TJ/SP), Sexta Turma, julgado em 01/03/2016, DJe 16/03/2016).



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
Quinta Câmara Criminal

Isso posto, **afastada a preliminar, nega-se provimento aos apelos.**

*José **Damião** Pinheiro Machado **Cogan***
Desembargador Relator