



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000310038

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1500337-29.2022.8.26.0038, da Comarca de Araras, em que é apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado DAVID WILLIAN FABRI.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 6ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Deram provimento ao recurso. V. U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FARTO SALLES (Presidente), CRESCENTI ABDALLA E GILBERTO CRUZ.

São Paulo, 31 de março de 2025.

FARTO SALLES
Relator(a)
Assinatura Eletrônica

VOTO n°. 32.415

APELAÇÃO CRIMINAL n°. 1500337-29.2022.8.26.0038 (processo digital)

COMARCA: ARARAS – VARA CRIMINAL

APELANTE: JUSTIÇA PÚBLICA

APELADO: DAVID WILLIAN FABRI

APELAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. Réu absolvido em primeiro grau. Insurgência da acusação almejando a condenação, nos termos da denúncia. Materialidade e autoria comprovadas. Relatos seguros e coesos dos policiais civis, que encontraram considerável quantidade de drogas variadas (cocaína, inclusive na forma de 'crack') dentro da mochila do acusado. Inconformismo procedente. Pena-base acima do piso em face de circunstância adversa representada pela considerável quantidade, variedade e nocividade das drogas apreendidas denotando dolo exacerbado, consoante parâmetros do artigo 42 da Lei n°. 11.343/06. Reincidência inquestionável a obstaculizar o privilégio. Regime prisional fechado único adequado ao tráfico e às circunstâncias negativas, especialmente a recidiva. Precedentes. Recurso provido.

VOTO DO RELATOR

Pela sentença a fls. 174/178, cujo relatório se adota, DAVID WILLIAN FABRI, qualificado nos autos, foi absolvido diante da imputação atinente à prática de crime previsto no artigo 33, *caput*, da Lei n°. 11.343/06, com fundamento no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal.

Inconformada, apela a acusação (fls. 184), vindo as razões do recurso a fls. 191/197. Almeja a condenação do réu pelo tráfico de entorpecentes, porquanto demonstradas a materialidade e a autoria da infração penal, especialmente diante do depoimento dos policiais civis. No tocante à dosimetria, requer a majoração da pena-

base em razão da natureza de parte das drogas apreendidas (cocaína na forma de *crack*), bem como o reconhecimento da reincidência, com a imposição do regime fechado para início do cumprimento da corporal.

Regularmente processado o recurso, apresentaram-se as contrarrazões a fls. 202/204, tendo a ilustrada Procuradoria Geral de Justiça se manifestado pelo provimento do apelo (fls. 212/218).

É o relatório.

Inicialmente, cumpre destacar que, respeitado o entendimento do julgador singular, não se verificar qualquer ilegalidade na busca pessoal realizada pelos policiais civis responsáveis pela abordagem do acusado.

No caso, os agentes públicos contaram que conduziam o autuado João Guilherme Alves de Oliveira (fato apurado em outro procedimento), quando observaram o réu, já conhecido nos meios policiais, na condução de uma motocicleta, tendo como garupa uma mulher, “rondando” a ocorrência e tentando olhar para dentro da viatura, situação a motivar a abordagem e a busca pessoal, encontrando-se, dentro da mochila de DAVID, 42 pinos de cocaína e cinco pedras de *crack*.

Como se vê, havia mais do que fundadas razões para a busca pessoal levada a efeito, considerado o fato de o apelante, conhecido nos meios policiais pelo envolvimento com o tráfico, ficar “rondando” a viatura durante a condução de outro preso à Delegacia, tendo os policiais, na sequência, encontrado as drogas em poder de DAVID.

Destaque-se que a diligência independe de mandado quando houver fundada suspeita sobre a posse de objeto ilícito pelo agente, consoante artigos 240, § 2º e 244, ambos do Código de Processo Penal, exatamente como na hipótese, ainda mais porque se

deparava com crime permanente, já verificado antes mesmo da abordagem.

Por isso, “... não teria mesmo cabimento exigir, para a realização de uma busca pessoal, ordem judicial, visto que a urgência que a situação requer não comporta esse tipo de providência. Se uma pessoa suspeita de trazer consigo a arma utilizada para a prática de um crime está passando diante de um policial, seria impossível que ele conseguisse, a tempo, um mandado para efetivar a diligência e a revista” (Guilherme de Souza Nucci, “Código de Processo Penal Comentado”, Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 624).

E, “... por fundadas suspeitas entende-se a desconfiança ou suposição, algo intuitivo e frágil, diferindo, pois, do conceito de fundadas razões, que requer uma maior concretude quanto à presença dos motivos que ensejam a busca domiciliar” (Norberto Avena, “Processo penal: esquematizado”, Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 598).

Da mesma forma, nítida a legalidade da prisão do réu, pilhado enquanto trazia drogas voltadas ao exercício da espúria atividade, conduta permanente (o acusado trazia consigo os tóxicos, conduta que se protraí no tempo) autorizando a pronta atuação da Polícia.

Destarte, não há se falar em prova ilícita, porquanto inexistente ofensa a garantia ou a princípio constitucional.

Superada a questão prejudicial, infere-se que o recurso deve vingar.

Consta da denúncia, resumidamente, que, no dia 09 de março de 2.022, por volta de 12h45, no cruzamento da rua Catanduva com a rua Piracicaba, Araras/SP, DAVID WILLIAN FABRI, conhecido como “Batata”, transportava e trazia consigo, para fins de tráfico, 42 pinos de cocaína (11,24g) e cinco porções da mesma substância na forma de *crack* (0,83g), sem autorização e em

desacordo com determinação legal e regulamentar (denúncia a fls. 01/02).

Após o término da instrução, o denunciado foi absolvido, embora, no caso, inquestionáveis a materialidade e a autoria da infração penal narrada na denúncia, consoante robusto acervo probatório.

Com efeito, o réu, na Delegacia, negou a imputação, alegando que não havia nenhum entorpecente em sua mochila (fls. 11). Em pretório, manteve a negativa, sem saber explicar como os entorpecentes foram encontrados em seu poder (mídia no SAJ).

Todavia, a negativa, a par de inverossímil, acabou isolada.

Com efeito, corroborando a acusação, contou o policial civil Bruno de Oliveira T. Bertanha realizar diligência com o investigador Diogo voltada a apurar notícia de tráfico de drogas no “Bar do Cisco”, conhecido ponto de venda de entorpecentes, sendo certo que, no local, prenderam em flagrante João Guilherme Alves de Oliveira. Enquanto o conduziam à Delegacia, o depoente viu, pelo retrovisor de sua viatura descaracterizada, que uma motocicleta conduzida por um homem e com uma mulher na garupa os “acompanhava”, sendo o condutor do veículo identificado como DAVID, já conhecido nos meios policiais também pelo envolvimento com o tráfico com a alcunha de “Batata” e cujas informações apontam ser ele o gerente do ponto de venda daquele local onde João Guilherme foi detido, daí porque resolveram abordá-lo. Em revista pessoal, encontraram-se, dentro da mochila trazida por ele, 42 micro tubos de cocaína, 5 pedras de *crack* e R\$ 42,00, além do celular visto no bolso de sua bermuda. Por sua vez, com a testemunha Gislaine Ferreira Vaz, nada de ilícito foi encontrado (fls. 06/07). Em juízo, ratificou o depoimento, ressaltando que, no dia dos fatos, em diligência naquelas imediações, realizou a prisão de pessoa chamada

João Guilherme, sendo certo que uma motocicleta conduzida por um indivíduo da cor preta para parda com uma mulher na garupa ficou “rodeando” de forma reiterada a “ocorrência”. Na sequência, ao conduzir o preso João Guilherme à Delegacia, o motociclista insistiu em perseguir a viatura, tentando visualizar quem os policiais estavam prendendo em flagrante, chegando até mesmo a olhar dentro da viatura, o que levantou maior suspeita, inclusive por se tratar de indivíduo suspeito de gerenciar o ponto de tráfico, resolvendo pela abordagem. Em revista pessoal, na mochila do denunciado, localizaram-se os tóxicos antes mencionados (mídia no SAJ).

Em igual sentir, o testemunho do também policial civil Diogo Francisco de Brito nas duas fases da persecução penal (fls. 08/09 e mídia no SAJ).

Frise-se que os esclarecimentos analisados se mostram harmônicos, coerentes, lógicos e livres de dúvidas, nada indicando animosidade ou intenção deliberada de prejudicar o réu, além do que a lei não faz ressalva alguma relativa ao valor de relatos trazidos por policiais.

Aliás, este Egrégio Tribunal de Justiça tem seguidamente proclamado que a circunstância de ser a testemunha agente de segurança pública não afeta o valor probante de sua palavra (TJESP, Apelações Criminais n.ºs. 0002253-17.2014.8.26.0439, Relator Desembargador IVAN SARTORI e 0450599-29.2010.8.26.0000, Relator Desembargador PENTEADO NAVARRO, este com citação de vasta doutrina e decisões a respeito), sendo tranquila a jurisprudência em tal sentido (STF, HC n.º. 74.608-0/SP, Relator Ministro CELSO DE MELLO; RT 816/548; TJESP, Apelação Criminal n.º. 993.08.018758-4).

Ao reverso do entendimento externado pelo julgador singular, plenamente justificáveis eventuais divergências entre detalhes ou “esquecimentos” desimportantes, ainda mais porque as

testemunhas, durante o interstício verificado entre o crime e a audiência de instrução (mais de dois anos depois), participaram de inúmeras ocorrências semelhantes.

Aqui, realce-se que, em que pese o magistrado tenha entendido carecer de verossimilhança o depoimento do policial Bruno ao dizer que o acusado teria ficado “rodeando” a viatura onde se encontrava outra pessoa também envolvida com a traficância.

O relato, contudo, nada tem de irregular, cabendo realçar que os policiais estavam numa viatura descaracterizada, algo a justificar a ousadia do acusado, que acreditava se tratar de veículo “comum”.

Acrescente-se que os policiais não teriam motivo para incriminar DAVID falsamente ou lhe atribuir a posse de entorpecentes em quantidade superior àquela efetivamente encontrada, não se mostrando contraditórios os respectivos depoimentos, cuja essência delinea o tráfico descrito na denúncia de forma clara e indiscutível.

Na verdade, não se desincumbiu a Defesa de arrolar testemunha capaz de comprovar a imaginária armação dos policiais quando da prisão, ônus que lhe incumbia (artigo 156 do Código de Processo Penal), tudo a reforçar a mendacidade da alegação de DAVID.

Ainda a respeito, pertinente dizer que a tese da Defesa vem pautada na absurda premissa de que os policiais traziam razoável volume de tóxicos variados com o intuito único de prejudicar pessoa “inocente”.

Nesse tom, como destacou o Ministério Público, “... os Policiais mantiveram a mesma versão dos fatos, tanto em solo policial (fls. 6/7 e 8/9), como em juízo (fls. 159 e 160), revelando coerência nos relatos diante da dinâmica dos fatos. Além do apelado ser conhecido nos meios policiais em razão de envolvimento com a

prática do tráfico de entorpecente, David foi abordado em decorrência de atitude suspeita durante a prisão em flagrante de outro indivíduo que praticava o tráfico de entorpecente, oportunidade em que o recorrido passou pelo local diversas vezes, na condução de uma motocicleta, bem como tentou reconhecer quem estaria sendo preso na ocasião. O apelado não trouxe qualquer informação no sentido de que os Policiais teriam criado a versão dos fatos para imputar-lhe o referido delito, não havendo qualquer motivo para duvidar da alegação dos policiais” (fls. 193/194).

De outra banda, na fase extrajudicial, informou a testemunha Gislaine Ferreira Vaz, amiga do réu, que, na tarde do dia dos fatos, ligou para DAVID pedindo-lhe carona para “*buscar um dinheiro da venda de uma lingerie que vendeu*”, sendo abordados quando voltavam à casa da depoente. Confirmou que DAVID trazia uma mochila, sem saber informar o que havia em seu interior. Negou qualquer relação com tráfico de drogas, a par de não conhecer João Guilherme (fls. 10).

Porém, o depoimento não se mostra digno de crédito, denotando o relato da testemunha nítido interesse em isentar o apelante de responsabilidade pelo ilícito, algo comum não só em razão do vínculo de amizade entre ambos, mas, ainda, pela possibilidade de também estar envolvida com o comércio espúrio, já que foi abordada junto com o acusado, ao contrário dos demais relatos isentos colhidos tanto na Delegacia como em juízo que, pois, permanecem íntegros.

Ademais, como observou a douta Procuradoria de Justiça, “*O argumento do juízo de que o acusado não tinha relação com o tráfico, visto que não possui antecedentes criminais nesse sentido, data máxima vênia, não deve prevalecer. Isso porque é evidente que primeiro ocorre a relação com o tráfico, após, a condenação criminal*” (fls. 214).

Patente, portanto, o vínculo entre os tóxicos e o denunciado diante dos depoimentos firmes e isentos dos agentes de segurança, os quais localizaram considerável quantidade de drogas variadas na mochila do acusado, pessoa já conhecida nos meios policiais pelo envolvimento com o comércio espúrio, ficando clara a autoria do tráfico, consoante quadro probatório que, ao contrário do sustentado pela Defesa e pelo julgador singular, mostra-se robusto.

Por conseguinte, ao contrário do entendimento externado na sentença, a materialidade e a autoria do crime ficaram bem evidenciadas, nada autorizando a absolvição operada em primeiro grau.

Pontue-se, no mais, que a razoável quantidade, variedade e forma de acondicionamento das drogas apreendidas (42 pinos de cocaína e 5 invólucros da mesma substância na forma de *crack*) reforçam o tráfico desempenhado por DAVID, servindo as fotografias a fls. 35/39 para indicar disposição dos tóxicos condizente com a proscriita atividade.

Ainda a respeito, diga-se que, consoante a literatura médica e a jurisprudência, a quantidade da cocaína apreendida ($11,24g + 0,83g = 12,07g$) representa, pelo menos, **600** porções “insuportáveis” a ensejar quadro de overdose (Delton Croce e Delton Croce Júnior, “Manual de Medicina Legal”, 5ª edição, Editora Saraiva, 2.004, n.º. 14.2.11.3, pg. 636; Guilherme Oswaldo Arbenz, “Medicina Legal e Antropologia Forense”, 1ª edição, 1.988, n.º. 42, pg. 539; STJ, HC 235.257/DF, DJe 26-3-2013; TJESP, Apelação Criminal n.º. 0006187-64.2012.8.26.0176, Relator Desembargador PENTEADO NAVARRO), peculiaridade a corroborar o espúrio comércio.

Importante asseverar que, mesmo sem notícia da prática de atos de comércio praticados ou verificados por testemunhas, patente o tráfico, mormente porque “*Não é indispensável a prova efetiva do tráfico para a formação de um juízo*

de certeza, pois tal convencimento pode resultar satisfatoriamente comprovado pelo conjunto de indícios e circunstâncias que cercam o agente envolvido” (RT 729/542).

Igualmente, RT's 714/357 e 776/663, bem como a Apelação Criminal também apreciada por esta Corte sob o nº. 993.08.018758-4, cabendo consignar que a alegação de usuário ou de *“viciado não obsta o reconhecimento da figura do traficante, mormente na hipótese vertente, em que ambas se mesclam no mesmo agente, preponderando a última, de maior gravidade” (RJTJESP 101/498).*

Noutras palavras, prescindível a prova efetiva e direta de qualquer ato de comércio clandestino de droga, bastando o conjunto de indícios e presunções que, saliente-se, são claros e convergem contra o acusado, não podendo o juiz desprezar as regras de experiência comum (*praesumptiones hominis*) ou seja, a ordem normal das coisas, representando aquelas o conhecimento adquirido pela prática e observação do cotidiano, tal como preceituam a doutrina e a jurisprudência (cf. JOSÉ FREDERICO MARQUES, Elementos de Direito Processual Penal, 1ª ed., Bookseller, 1997, vol. II, § 95, item 525, pág. 346, nota 9; GUILHERME DE SOUZA NUCCI, Código de Processo Penal Comentado, 10ª ed., 2011, art. 239, item 4, págs. 544-5; STF, 2ª T., HC 70.344/RJ, rel. Min. PAULO BROSSARD, RTJ, 149/521; RT, 673/357, 711/378, 728/543, 744/602, 748/599, 758/583, 769/602 e 854/654).

“3. A força instrutória dos indícios é bastante para a elucidação de fatos, podendo, inclusive, por si própria, o que não é apenas o caso dos autos, conduzir à prolação de decreto de índole condenatória, quando não contrariados por contraindícios ou por prova direta. Doutrina: MALATESTA, Nicola Framarino dei. A lógica das provas em matéria criminal. Trad. J. Alves de Sá. Campinas: Servanda Editora, 2009, p. 236; LEONE, Giovanni. Trattato di Diritto Processuale

Penale. v. II. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1961. p. 161-162; PEDROSO, Fernando de Almeida. Prova penal: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 90-91. Precedentes: AP 481, Relator: Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 08/09/2011; HC nº 111.666, Relator: Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 08/05/2012; HC 96062, Relator: Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, julgado em 06/10/2009” (STF, HC 97781/PR, Relator Ministro MARCO AURÉLIO, Redator do Acórdão Ministro LUIZ FUX).

Assim, demonstrada a materialidade pelo auto de prisão em flagrante (fls. 04/05), boletim de ocorrência (fls. 28/30), auto de exibição/apreensão (fls. 31/32), auto de constatação preliminar (fls. 33) e exame químico toxicológico (fls. 72/74), a par de apurada a autoria do crime à exaustão, a condenação é a providência que se impõe.

No que concerne à individualização da medida repressiva, depara-se com circunstância desfavorável representada pela quantidade, variedade e natureza proeminentemente lesiva das substâncias apreendidas (cocaína, especialmente na forma de *crack*, extremamente deletéria à saúde psíquica ou física, com intenso poder viciante) permitindo ao agente atingir, com sucesso, maior número de usuários, com potencial disseminação do vício e correlata destruição de lares ou famílias, particularidade indicadora de dolo exacerbado ou um *plus* de reprovabilidade, consoante balizas descritas no artigo 42 da Lei de Tóxico.

Sobre o tema já se posicionou o Superior Tribunal de Justiça ao decidir que “O art. 42 da Lei nº 11.343/06 impõe ao Juiz considerar, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da droga, tanto na fixação da pena-base, quanto na determinação do grau de redução da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da nova Lei de Tóxicos.

Na hipótese, à luz do art. 42 da Lei nº 11.343/2006, a natureza da substância entorpecente apreendida – 13 (treze) pedras de 'crack' – justifica a não aplicação do redutor em seu grau máximo, qual seja: 2/3” (STJ, HC 225.575/ES, Relatora Ministra LAURITA VAZ).

“Em se tratando dos crimes previstos na Lei de Drogas, na fixação das penas, deve-se considerar, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do CP, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente, consoante o disposto no art. 42 da Lei 11.343/06” (STJ, AgRg no HC 244370/SP, Relator Ministro JORGE MUSSI, DJe 19-12-2014, grifei).

Também, “Há que se reconhecer a maior nocividade da cocaína em relação a outras substâncias proscritas, levando-se em conta os efeitos deletérios causados à saúde dos usuários, a dependência psicológica e física, por vezes imediata, por eles provocada, bem como as consequências sociais nefastas acarretadas pelo consumo e tráfico de tais entorpecentes” (STJ, HC 187330/MG, Relator Ministro GILSON DIPP, grifou-se).

Igualmente, impossível se ignorar que, “Segundo especialistas, o crack é 'cinco vezes mais potente que a própria cocaína e produz dependência com muita facilidade e quase imediatamente após seu primeiro ou segundo uso... Os efeitos produzidos ao usuário são basicamente iguais ao da cocaína, porém muito mais intensos...” (João Gaspar Rodrigues, Tóxicos, Bookseller, 2001, p. 63)” (RT 838/571, sem grifo no original).

Nesta esteira, “1. A natureza da droga apreendida - cocaína, dotada de alto poder viciante - constitui fundamento idôneo a ensejar a exasperação da pena-base, à luz do disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006” (STJ, HC 338379/SP, Relator Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, julgado 06-12-2016, grifo apostado na transcrição do aresto).

Jurisprudência da Suprema Corte vem neste sentir, consignando-se que, “1. Consoante a inteligência do art. 42 da Lei nº 11.343/06, a quantidade e a natureza da droga apreendida, entre outros aspectos, devem ser sopesadas no cálculo da pena” (STF, HC 127241/SP, Relator Ministro DIAS TOFFOLI, grifei).

Como ainda deixou claro o Excelso Pretório, “a quantidade e a natureza da droga apreendida constituem fundamentos idôneos para fixar a pena-base acima do mínimo legal” (RHC 122.598, Relator Ministro TEORI ZAVASCKI, julgado 14-10-2014, sem grifo no original), enquanto o “próprio artigo 42 da lei 11.343/2006 estabelece que o juiz, ao fixar a pena, considerará a natureza e a quantidade da substância ou do produto. Inegável, portanto, que o magistrado pode elevar a pena-base em razão da natureza da droga” (STF, RHC 117.489/MS, Relatora Ministra ROSA WEBER, grifo inexistente no texto original).

Em verdade, não se pode equiparar a situação do recorrido à do traficante pilhado na posse de única espécie de droga em quantidade mais módica e dotada de menor potencial lesivo (como, v.g., a maconha), sob pena de desprezo aos princípios constitucionais da razoabilidade, proporcionalidade e individualização.

Diante do quadro negativo alinhavado, fixa-se a pena-base um sexto (1/6) acima do mínimo legal, a atingir cinco (5) anos e dez (10) meses de reclusão, mais quinhentos e oitenta e três (583) dias-multa.

Na segunda fase da dosimetria, majora-se a reprimenda de mais um sexto (1/6) em razão da reincidência (condenação pretérita e imutável por violência doméstica noticiada a fls. 81 e não alcançada pelo quinquênio depurador — autos n. 3003800-17.2013.8.26.0038), chegando-se ao patamar definitivo de seis (6) anos, nove (9) meses e vinte (20) dias de reclusão, mais

seiscentos e oitenta (680) dias-multa, unidade no piso, à mingua de outras causas modificadoras.

Descabe a causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº. 11.343/06 em razão da reincidência, óbice expresso à minorante, dispensada discussão aprofundada a respeito ante a clareza do dispositivo legal.

Em face do montante da reprimenda e quadro negativo antes reportado, incogitáveis a substituição da privativa de liberdade por restritivas de direitos e a concessão de *sursis*, providências claramente inadequadas à repressão e prevenção do delito de natureza hedionda, razão dos óbices legais (artigos 44, incisos I, II e III, e 77, *caput*, incisos I e II, ambos do Código Penal).

De resto, o regime fechado para início de cumprimento da carcerária é o único adequado ao tráfico, sendo certo que as circunstâncias negativas antes reportadas, em especial a reincidência, também se mostram incondizentes com retiro menos severo (artigo 33, § 2º, “b” e § 3º, do Código Penal).

Solução mais branda ensejaria sentimento de impunidade e incentivaria a prática de crime que há muito atormenta a população, decorrendo o retiro pleno, ainda, da maior severidade decorrente de dispositivo constitucional (artigo 5º, XLIII).

Confira-se, ainda, STF, HC 103.141/PR, Relator Ministro JOAQUIM BARBOSA, além do que, *“tratando-se de condenado reincidente, qualquer que seja a pena de reclusão aplicada, ele deve iniciá-la em regime fechado, nos termos do art. 33, § 2º, alínea ‘c’, do Código Penal”* (TJESP, Apelação Criminal nº. 0000466-79.2011.8.26.0625, Relator Desembargador PENTEADO NAVARRO, com farta citação de julgados e doutrina).

“5. Não se infere qualquer desproporcionalidade na imposição do meio inicialmente fechado para o desconto da reprimenda, pois, nada obstante ser a pena inferior a 08 (oito) anos de

reclusão, a reincidência do réu justifica o estabelecimento do meio prisional mais severo, conforme a dicção do art. 33, §§ 2º e 3º, do Estatuto Repressor. Precedentes” (STJ, 361766/SP, Relator Ministro RIBEIRO DANTAS, grifei).

“REGIME PRISIONAL. PENA SUPERIOR A QUATRO ANOS DE RECLUSÃO. RÉU REINCIDENTE. REGIME FECHADO. AUSÊNCIA DE MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM NÃO CONHECIDA” (STJ, HC 371303/RS, Relator Ministro RIBEIRO DANTAS, sem grifo no texto original).

Saliente-se, também, que “5. Não ocorre *bis in idem* quando a reincidência é sopesada tanto para agravar a pena como para justificar o regime mais grave segundo o quantum da pena aplicada, visto que a fixação do modo inicial de cumprimento de pena não se insere no âmbito da dosimetria da reprimenda” (STJ, HC 363761/TO, Relator Ministro RIBEIRO DANTAS, grifei).

“6. O paciente não faz jus ao regime intermediário, pois trata-se de réu reincidente, condenado a pena privativa de liberdade superior a 4 e não excedente a 8 anos de reclusão” (STJ, HC 294904/SP, Relator Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, sem grifo no original).

O Supremo Tribunal Federal dita a jurisprudência sobre o tema, assentando-se que “I – As alíneas b e c do § 2º do art. 33 do Código Penal dispõem, expressamente, como pressuposto para a fixação dos regimes prisionais nelas estabelecidos (semiaberto e aberto) a não reincidência do condenado, sendo irrelevante o quantum de pena fixado na condenação” (STF, HC 113736/SP, Relator Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, grifei).

Lição de JULIO FABBRINI MIRABETE segue tal norte: “Estão obrigatoriamente sujeitos ao regime fechado, no início do cumprimento da pena, os condenados à reclusão, reincidentes ou cuja pena seja superior a oito anos” (“Manual de Direito Penal”, 1º volume,

6ª edição, 1.991, Atlas, pg. 245), doutrina sufragada por ensinamento de DAMÁSIO EVANGELISTA DE JESUS (“Direito Penal”, 1º volume, Saraiva, 12ª edição, pg. 460).

No mais, já se consignou que a imposição do regime fechado e a negativa de substituição da privativa de liberdade em razão da *“natureza altamente nociva de parte das substâncias entorpecentes negociadas - cocaína, substância causadora de efeitos extremamente deletérios (art. 42 da Lei nº 11.343/06)”* (HC 335.839/SP, Relatora Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, grifei e destaquei) não denotam constrangimento ilegal.

“6. Nos termos do entendimento firmado pelo STJ, a quantidade, a natureza e a variedade da droga apreendida constituem fundamento idôneo a justificar a imposição do regime mais severo, inexistindo, portanto, ilegalidade a ser sanada. Precedentes” (STJ, HC 352811/SP, Relator Ministro NEFI CORDEIRO, grifou-se).

“É possível a fixação de regime prisional mais gravoso em razão da natureza e da quantidade de entorpecentes apreendidos. Precedentes. IV – Recurso desprovido” (STF, RHC 136511/SP, Relator Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, grifei).

Para concluir, *“De outra parte, consoante jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, fixada a pena-base acima do mínimo legal, porquanto reconhecidas as circunstâncias judiciais desfavoráveis previstas no art. 59 do Código Penal, é cabível a imposição regime prisional mais gravoso ao réu, a teor do disposto no art. 33, § 3º, do mesmo diploma legal”* (STJ, HC 117.812/MG, sem grifo no original).

“3. Desfavoráveis as circunstâncias judiciais, não há ilegalidade na fixação de regime mais gravoso, como reiteradamente tem decidido esta Corte” (STJ, HC 91.822/SP, Relator Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, grifei).

“2. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça reconhece que, diante de circunstâncias judiciais desfavoráveis, é cabível a fixação do regime fechado ao condenado não reincidente, para o início do cumprimento da pena superior a 04 anos e que não exceda a 08 anos, em conformidade com o § 3º do art. 33 do Código Penal” (STJ, AgInt no REsp 1590865/RJ, Relator Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, grifei).

“Esta Corte firmou o entendimento no sentido de que é necessária, para a fixação de regime mais gravoso, a apresentação de motivação concreta, fundada na reincidência ou nas circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal” (STJ, HC 343706/RJ, Relator Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, grifei).

“5. A fixação da pena-base acima do mínimo legal, tendo em vista a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, constitui fundamento idôneo a justificar a imposição do regime mais severo” (STJ, HC 362598/SP, Relator Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA).

À vista do exposto, pelo meu voto, **DOU PROVIMENTO AO RECURSO** do Ministério Público e, em consequência, CONDENO o réu DAVID WILIAN FABRI a cumprir pena de seis (6) anos, nove (9) meses e vinte (20) dias de reclusão em regime inicial fechado, com multa no importe de seiscentas e oitenta (680) diárias, unidade no piso, como incurso no artigo 33, *caput* da Lei nº. 11.343/06.

Comunique-se, expedindo-se o mandado de prisão oportunamente.

FARTO SALLES

Relator

(Assinatura Eletrônica)