



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Registro: 2025.0000321326

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Apelação Criminal nº **1502812-86.2023.8.26.0372**, da Comarca de Monte Mor, em que são apelantes/apelados DIANA ESPOSITO DE OLIVEIRA (RÉU PRESO) e MARCELO RODRIGUES DA SILVA, é apelado/apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual 9ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "**Negaram provimento aos apelos Defensivos e deram provimento ao recurso Ministerial, nos termos que constarão do acórdão. V. U.**", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ALCIDES MALOSSI JUNIOR (Presidente) E SILMAR FERNANDES.

São Paulo, 31 de março de 2025.

GRASSI NETO
Relator
Assinatura Eletrônica



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Voto Nº 37541

Apelação Criminal Nº 1502812-86.2023.8.26.0372

Comarca: Monte Mor

Aptes/Apdos: Diana Esposito de Oliveira e Marcelo Rodrigues da Silva

Apelado/Apelante: Ministério Público do Estado de São Paulo

Tráfico de entorpecentes – Acusados flagrados mantendo em depósito as seguintes substâncias estupefacientes, para fins de tráfico: a) 1,7 gramas de maconha, acondicionados em uma porção; b) 3,5 gramas de cocaína, acondicionados em 03 porções; c) 1,9 gramas de “crack”, acondicionados em 04 porções – Materialidade e autoria comprovadas por depoimentos de policiais cujo conteúdo é harmônico com o conjunto probatório – Validade

No que concerne ao valor dos depoimentos prestados pelos policiais, os tribunais têm deixado assente serem inadmissíveis quaisquer análises preconceituosas. A simples condição de policial não torna a testemunha impedida ou suspeita. As declarações prestadas pelos agentes que efetuaram a prisão do acusado são válidas e têm o mesmo valor relativo que qualquer outra prova que se produza nos autos; por gozarem de fé pública, suas versões devem ser reputadas fidedignas, até que se prove o contrário.

Cálculo da Pena – Tráfico de Entorpecentes – Exacerbação da pena-base seguindo os critérios norteadores previstos no art. 42 da Lei n. 11.343/06, em razão da natureza mais viciante e tóxica dos entorpecentes apreendidos (cocaína e “crack”), bem como do art. 59 do CP, pela constatação de circunstância judiciais negativas ao réu – Admissibilidade

Nos casos de tráfico de entorpecentes (art. 33, da Lei n. 11.343/06) é perfeitamente admissível a elevação da pena-base com base na variedade mais nociva do tóxico apreendido, nos termos do art. 42 da Lei de Tóxicos, bem como pela constatação de circunstâncias judiciais negativas do réu.

Cálculo da Pena – Reincidência específica – Circunstância que autoriza o aumento da pena na proporção de 1/5, na segunda fase da dosimetria

Se o réu ostenta reincidência específica, é perfeitamente possível que a elevação, na segunda fase da dosimetria, seja em patamar superior a 1/6.

Cálculo da Pena – Tráfico de entorpecentes – Cocaína e “crack” – Apreensão de substâncias ilícitas de maior poder tóxico e viciante associada a informações de que os agentes fazem do comércio ilícito de entorpecentes



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

o seu modo de vida – Não incidência da causa de diminuição

O fato de a apreensão versar entorpecentes de maior poder tóxico e viciante (cocaína e “crack”) associado a informações de que os agentes fazem do comércio ilícito de entorpecentes o seu modo de vida, indica que não teria sido preenchido o outro requisito previsto em lei para incidência da redução prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, qual seja, a não dedicação a atividades ilícitas.

Pena – Regime inicial – Um dos agentes possui circunstâncias judiciais negativas e se dedica ao tráfico de entorpecentes de maior nocividade, enquanto a corré é reincidente específica – Apreensão de substância estupefaciente de natureza mais viciante – Regime fechado para início do cumprimento de pena – Entendimento dos artigos 33, § 2º, “b”, §3º e 59, do CP

Conquanto não mais subsista a vedação legal (art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90) à fixação de regime inicial para cumprimento de pena privativa de liberdade diverso do fechado, fato é que este continua sendo o sistema prisional mais adequado para início de cumprimento de pena nas hipóteses de tráfico de maior nocividade.

Observe-se que a fixação do regime inicial continua sendo estabelecida consoante os parâmetros enumerados no art. 59 do CP, ao qual faz remissão o art. 33, § 3º, do CP, de modo que, para ser adotado de regime de pena mais brando, não basta que a privação de liberdade seja inferior a 8 anos, impondo-se que tal sistema seja igualmente adequado à personalidade do sentenciado, bem como à dinâmica e às consequências dos fatos por ele praticados.

Vistos,

Pela r. sentença de fls. 226/229, prolatada pelo MM. Juiz Gustavo Nardi, cujo relatório ora se adota, MARCELO RODRIGUES DA SILVA e DIANA ESPOSITO DE OLIVEIRA foram condenados como incurso no art. 33, §4º, da Lei n. 11.343/06, às



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

penas de 02 anos e 06 meses de reclusão, em regime inicial aberto e de 250 dias-multa, à razão de 1/30 do maior salário mínimo vigente à época dos fatos. Foi deferido aos acusados o recurso em liberdade.

Consoante consta dos autos, Marcelo e Diana teriam sido surpreendidos mantendo em depósito, para fins de tráfico, as seguintes substâncias estupefacientes: a) 1,7 gramas de maconha, acondicionados em uma porção; b) 3,5 gramas de cocaína, acondicionados em 03 porções; c) 1,9 gramas de “*crack*”, acondicionados em 04 porções.

Inconformado, apela o Ministério Público requerendo que: a) se afaste a causa de diminuição da pena, prevista no art. 33, §4º, da Lei n. 11.343/06; b) seja fixado o regime fechado para o início do cumprimento da pena, para ambos os apelados (fls. 257/268).

Marcelo Rodrigues da Silva também apela, em busca da desclassificação do delito de tráfico de entorpecentes, para a conduta descrita no art. 28 da Lei n. 11.343/06. Afirma que os entorpecentes apreendidos em sua residência se destinavam ao seu consumo. Subsidiariamente, pleiteia a aplicação da causa de diminuição da pena, prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, em seu patamar máximo (2/3). Pede, por fim, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos (fls. 269/275).

A corré Diana Espósito de Oliveira igualmente recorre, em busca de sua absolvição. Alega que as provas amealhadas aos autos são frágeis e não sustentam o decreto condenatório (fls. 276/280).

Processados e contra-arrazoados os recursos (fls. 285/289, 293/296 e 297/303), a Douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo provimento do recurso Ministerial e improvimento



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

dos recursos Defensivos (fls. 310/312).

É o Relatório.

Os recursos Defensivos não merecem prosperar, mas o recurso Ministerial deve ser acolhido.

Segundo restou comprovado, no dia 04 de outubro de 2023, o investigador de polícia Francisco Paulo Soriano Domingues, na companhia do guarda municipal Reginaldo Ferreira Matos, dirigiu-se à residência do ora apelante Marcelo, com a finalidade de dar cumprimento ao mandado de busca e apreensão expedido nos autos nº 1502778-14.2023.8.26.0372.

Chegando ao local, os agentes públicos visualizaram a ora apelante Diana correr para o banheiro e, ao alcançá-la, localizaram quatro embalagens contendo “*crack*” e uma embalagem contendo maconha, flutuando na água do vaso sanitário.

Em seguida, os agentes públicos entraram na residência de Marcelo e, após realizarem buscas no imóvel, localizaram, dentro do *rack* do quarto, mais três embalagens contendo cocaína, além de R\$ 110,00 em notas de pequeno valor.

Diante dos fatos, ambos os acusados foram encaminhados à Delegacia de Polícia, para as providências cabíveis.

A materialidade delitiva restou perfeitamente demonstrada pelos autos de exibição e apreensão (fls. 21/22), de constatação provisória (fls. 12/13), bem como pelo exame químico-toxicológico de fls. 110/112, que confirmou a natureza das substâncias ilícitas.

Perante a autoridade policial, os então indiciados optaram por permanecer em silêncio (fls. 04/05 e 06/07).



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Posteriormente, ao serem ouvidos em Juízo, sob o crivo do contraditório, os ora apelantes acabaram negando as imputações (fls. 225 – arquivo digital); suas versões restaram, todavia, isoladas no conjunto probatório dos autos.

O restante da prova oral (fls. 09, 10, 225 e arquivo digital) colhida na instrução criminal, que conta com os depoimentos do investigador de polícia Francisco Paulo Soriano Domingues e do guarda municipal Reginaldo Ferreira Matos, ambos nos exatos termos acima narrados, mostrou-se, todavia, apto não apenas para demonstrar a dinâmica dos fatos, como o dolo dos agentes e sua vinculação à autoria delitiva.

No que concerne ao valor dos depoimentos prestados pelos policiais, os Tribunais têm deixado assente serem inadmissíveis quaisquer análises preconceituosas.

A esse respeito, confira-se:

***Habeas corpus* – Condenação baseada em depoimentos de investigadores, que descreveram o ocorrido de forma coerente e segura, com apoio em mais elementos probatórios**

A simples condição de policial não torna a testemunha impedida ou suspeita. ¹

Preconceituosa é a alegação de que o depoimento de Policiais é sempre parcial, vez que, não estando eles impedidos de depor, o valor probante de suas palavras não pode ser sumariamente desprezado, máxime quando estas se harmonizam com os demais elementos colhidos no processo e nada indique que tivessem eles a intenção de

¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 51.577/SP. Paciente/Impetrante: Francisco Carneiro Neto. Relator: Ministro Rodrigues de Alckmin. 1ª Turma. Votação unânime. Brasília, DF, 06 de novembro de 1973. **Revista Trimestral de Jurisprudência**. v. 68, tomo 1, Abr. 1974, p. 64.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

prejudicar inocentes.²

A Jurisprudência tem, assim, se inclinado no sentido de que, não havendo fundado motivo que recomende seja a palavra do policial considerada com reservas, suas declarações deverão revestir-se de presunção de veracidade e de legitimidade, que é inerente aos atos administrativos em geral.

Não se cogita, tampouco, de desclassificação da conduta perpetrada pelos réus, para o crime descrito no art. 28 da Lei n. 11.343/06.

Pontue-se, desde logo, que, para a realização do tipo penal previsto no art. 33 da Lei n. 11.343/06, não se exige estado de flagrância na prática de qualquer ato indicativo de oferta gratuita ou de venda da substância entorpecente, uma vez constar dentre os núcleos verbais ali relacionados aquele de “ter em depósito”.

Cumprir observar que, na medida em que existem nos autos elementos de convicção evidenciando que o dolo era efetivamente de traficar – elemento subjetivo do tipo descrito do art. 33 da Lei n. 11.343/06 – resta completamente descabida a hipótese de desclassificação da conduta praticada para aquela subsumível à descrição contida no art. 28 do mesmo texto legal, até mesmo porque, o local, as condições do fato criminoso, bem como os demais indícios apontados pelo conjunto probatório produzido durante a instrução

² BRASIL. Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo. Apelação nº 795.471/2 - São Paulo. Apelantes: Manoel Luiz da Silva Filho ou José Antônio da Silva Filho ou Manoel Luís da Silva Filho e Luiz Eduardo Dias dos Santos ou Luís Eduardo Dias dos Santos. Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Gonzaga Franceschini. 12ª Câmara. Votação unânime. São Paulo, 28 de junho de 1993. **Julgados do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo**, v. 18. Abril, Maio e Junho de 1993, p. 80.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

criminal, não permitem o acolhimento da tese de destinação para uso próprio.

Nesse sentido:

Tóxico – Tráfico – Alegação de ser viciado o agente, o que não obsta o reconhecimento da figura delitiva – Hipótese em que a figura do traficante e do viciado se mesclam num mesmo agente, preponderando a primeira – Sentença confirmada

A alegação de viciado não obsta o reconhecimento da figura do traficante, mormente na hipótese vertente, em que ambas se mesclam num mesmo agente, preponderando a última, de maior gravidade.³

Nesse sentido, consignou o Magistrado de origem
(fls. 227/228):

Pelo que se vê, a prova é mais que suficiente para a condenação. As circunstâncias da prisão, **a existência de denúncias anônimas reiteradas que originou o mandado de busca e apreensão, a quantidade, variedade e acondicionamento de entorpecentes, além da presença de dinheiro trocado indicam, de forma incontestada, que as drogas se destinavam ao consumo de terceiros.** Os agentes públicos conseguiram impedir que a ré se desfizesse de parte das drogas – que jogou no sanitário – o que indica, não apenas a ciência da presença dos entorpecentes na casa, mas também sua participação em sua custódia e comprometimento em tentar escondê-los das autoridades a fim de se ver livre ou livrar seu companheiro, o corréu. Lembrando-se que o artigo 33 da Lei 11.343/06 é de conteúdo misto alternativo, bastando para sua caracterização o cometimento de um dos verbos penais nele descritos, sendo desnecessária a prisão no efetivo ato de comercialização. Flagrados, assim, os réus armazenando drogas que se destinavam ao consumo de terceiros, incorreram nas penas do crime denunciado

³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Habeas Corpus* nº 42.229-3 – São Paulo - Impetrante: Alberto Zacharias Toron. Paciente: Dirceu Cerquiaro. Relator: Onei Raphael. 1ª Câmara. São Paulo, 23 de dezembro de 1985. **Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**, v. 101, 1986, p. 498.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

(grifos nossos).

No caso em tela, dúvidas inexistem, portanto, quer no que concerne à autoria, quer quanto à presença do dolo genérico de traficar, elemento subjetivo do tipo do art. 33 da Lei n. 11.343/06.

As reprimendas, conquanto dosadas e fundamentadas em consonância com o sistema trifásico de aplicação da pena, com a imposição do regime inicial aberto, comportam reparo para acolher-se o que foi requerido na minuta recursal do Ministério Público.

A) Apelante Marcelo

a) entendendo favoráveis ao acusado as circunstâncias judiciais previstas no art. 42 da Lei n. 11.343/06 e no art. 59 do CP, o Magistrado *a quo* fixou as suas penas-base no mínimo legal, ou seja, em 05 anos de reclusão e 500 dias-multa.

Conquanto Marcelo Rodrigues da Silva seja tecnicamente primário, como bem destacou a representante o *Parquet*, em suas razões recursais (fls. 261),

[...] é certo que o recorrido está sendo processado pela prática do crime de tráfico de entorpecentes nos autos nº 1501555-58.2022.8.26.0599 e já era conhecido dos meios policiais por seu envolvimento com o tráfico de drogas, tanto que o mandado de busca e apreensão constante dos autos nº 1502778-14.2023.8.26.0372 foi expedido diretamente em seu nome.

Realmente, verifica-se que as circunstâncias judiciais são amplamente desfavoráveis ao réu, tendo sido constatado verdadeiro destemor de sua parte pelas reiteradas práticas de tráfico de entorpecentes. Tal circunstância não pode ser desconsiderada e



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

justificaria isoladamente o aumento na primeira fase da dosimetria. É, contudo, importante consignar que o acusado comercializava, além de maconha, tóxicos de potencial mais viciante e nocivo à saúde (cocaína e “*crack*”), o que também autoriza que as basais sejam fixadas acima do mínimo, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/06.

As penas-base devem ser fixadas, portanto, em 05 anos e 10 meses de reclusão e 583 dias-multa, o que equivale ao mínimo legal, acrescido de 1/6.

b) na segunda fase, ausentes circunstâncias agravantes ou atenuantes a serem consideradas, a reprimenda se mantém inalterada.

c) na terceira etapa do cálculo, tem-se que a insurgência Ministerial deve ser igualmente acolhida, pois o Magistrado de 1º Grau não deveria ter aplicado o redutor de pena previsto no § 4º, do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, eis que o art. 42 da Lei n. 11.343/2006 determina que, na dosimetria da pena, sejam sempre considerados tanto a natureza e a quantidade de entorpecente, quanto a personalidade e a conduta social do agente.

Além disso, constatou-se que Marcelo não era neófito na prática do comércio espúrio de entorpecentes.

Pelo contrário, restou comprovado que ele se dedicava ao tráfico de entorpecentes, uma vez que já era conhecido nos meios policiais por seu envolvimento com tóxicos, além de estar sendo processado em outros feitos, pela prática do mesmo crime. Tal dedicação veda a aplicação do mencionado redutor, por expressa determinação legal.

Como bem destacou a representante do *Parquet* em sede de apelação (fls. 262):



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Cumpre ressaltar que o envolvimento pretérito dos apelados com o tráfico de drogas, [...] aliada à informação de que a população estava farta da prática do crime de tráfico de drogas pelos recorridos no local (o que ensejou as denúncias, que culminaram na expedição do mandado de busca e apreensão expedido nos autos nº 1502778-14.2023.8.26.0372) denota que os recorridos fazem parte de um sistema de distribuição de drogas no local, sendo absolutamente inaplicável a causa de diminuição prevista no artigo 33, parágrafo 4º, da Lei de Drogas.

Assim, restando plenamente demonstrado que o acusado efetivamente **se dedicava habitualmente ao tráfico de entorpecentes**, não sendo, assim, um “traficante eventual”, mostra-se de rigor o afastamento da causa de diminuição da pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, levada a efeito na sentença.

Chega-se, assim, a um total final de 05 anos e 10 meses de reclusão e de 583 dias-multa, tornado definitivo, ante a ausência de circunstâncias modificadoras outras.

B) Apelante Diana

a) entendendo favoráveis à acusada as circunstâncias judiciais previstas no art. 42 da Lei n. 11.343/06 e no art. 59 do CP, o Magistrado *a quo* fixou as suas penas-base no mínimo legal; ou seja, em 05 anos de reclusão e 500 dias-multa.

Nada há o que ser alterado, nessa fase da dosimetria.

b) na segunda fase, presente a agravante da **reincidência específica**, a reprimenda deve ser majorada de 1/5, atingindo o montante de 6 anos de reclusão e 600 dias-multa.

Como bem destacou a representante do *Parquet*



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

(fls. 261):

Diana Esposito de Oliveira é reincidente específica, ostentando uma **condenação definitiva pela prática do crime de tráfico de drogas nos autos nº 0000830-49.2015.8.26.0548**, tendo sido decretada a extinção da punibilidade da recorrida em virtude da prescrição da pretensão executória, atingida aos 05 de junho de 2020, há menos de 05 anos, portanto (grifos nossos).

c) na terceira etapa do cálculo, tem-se que a insurgência Ministerial deve ser igualmente acolhida, pois o Magistrado de 1º Grau não deveria ter aplicado o redutor de pena previsto no § 4º, do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, eis que Diana é **reincidente específica**.

O fato de ser a agente reincidente (inclusive específica) afasta a possibilidade de incidência do mencionado redutor, por expressa vedação legal nesse sentido, uma vez que, dentre os requisitos previstos para referido benefício, consta a primariedade do agente.

Chega-se, assim, a um total final de 06 anos de reclusão e de 600 dias-multa, tornado definitivo, ante a ausência de circunstâncias modificadoras.

C) Do regime inicial

Em razão da constatação de circunstâncias judiciais negativas, com relação ao réu Marcelo, bem como da reincidência específica de Diana, o regime prisional para início do cumprimento de pena deve ser no sistema fechado, em razão de ser este o mais adequado ao caso concreto.

Observe-se que, até passado ainda recente, era



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

pacífico que o estabelecimento de regime inicial diverso do fechado feriria mandamento legal expresso, dada a natureza hedionda do tráfico de entorpecentes (art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90).

O Plenário do Supremo Tribunal Federal, todavia, reconheceu, incidentalmente, no julgamento do *Habeas Corpus* n. 97.256/RS, ocorrido em 16 de dezembro de 2010, a inconstitucionalidade da expressão “vedada a conversão em penas restritivas de direitos”, contida no § 4º, do art. 33, da Lei n. 11.343/06.

O eminente Ministro Relator, Ayres Brito, ponderou que as demais penas, além daquela que estabelece a privação de liberdade

também são vocacionadas para esse geminado papel da retribuição-prevenção-ressocialização, e ninguém melhor do que o juiz natural da causa para saber, no caso concreto, qual o tipo alternativo de reprimenda é suficiente para castigar e, ao mesmo tempo, recuperar socialmente o apenado, prevenindo comportamentos do gênero.⁴

Na ocasião, observou-se, ainda, que Tratados e Convenções internacionais aprovados e promulgados pelo Brasil preveem a possibilidade de ser dispensado tratamento diferenciado àquela conduta que, apesar de corresponder ao tipo penal do tráfico ilícito de entorpecentes, se caracterizasse pelo seu menor potencial ofensivo, o que incluiria alternativas ao encarceramento.

Seria este o caso da “Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e de Substâncias Psicotrópicas”, que foi incorporada ao nosso Direito interno por meio do Decreto n. 154, de

⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 97.256/RS. Impetrante: Defensoria Pública da União. Paciente: Alexandro Mariano da Silva. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Ayres Brito. Tribunal Pleno. Brasília, 16 de dezembro de 2010. **Diário da Justiça Eletrônico nº 247**. 16 Dez 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=617879>>. Acesso em: 10 Nov. 2015.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

26 de junho de 1991. Referida Convenção teria, consoante entendimento do Ministro Relator, natureza de verdadeira “norma supralegal de hierarquia intermediária”, pela qual cada Estado soberano estaria autorizado “a adotar norma comum interna que viabilize a aplicação da pena substitutiva (a restritiva de direitos) no aludido crime de tráfico ilícito de entorpecentes”.

O impacto de referido acórdão foi profundo, tendo ensejado, inclusive, a suspensão, pelo Senado Federal, no dia 15 de fevereiro de 2012, da executividade de referida expressão (Resolução n. 5/2012), que proibia mencionada conversão da prisão imposta em pena restritiva de direitos.

A partir de então, passou a prevalecer na Doutrina e na Jurisprudência o entendimento de que, se não existia mais óbice à conversão da pena privativa de liberdade em mera restrição de direitos, com muito mais razão não se poderia subtrair do Magistrado a ampla liberdade na fixação do regime inicial para cumprimento de pena. Passou a ser, assim, perfeitamente concebível fosse fixado, também na condenação por tráfico ilícito de entorpecentes, regime inicial diverso do fechado.

A questão é, sem dúvida, polêmica, mesmo porque o simples fato de Convenção Internacional permitir que os Estados signatários estabeleçam penas alternativas ao tráfico de entorpecentes de menor potencial ofensivo, não implica automaticamente na invalidade de opção legislativa diversa.

Não cabe, contudo, no presente processo, adentrar no mérito quanto ao acerto ou não do entendimento do colendo STF, mesmo porque o próprio poder Legislativo optou por seguir o caminho da cessação da executoriedade da vedação.

No caso ora em apreço, o réu simplesmente não

preenche os requisitos que permitiriam, quer a incidência de referida conversão, quer a escolha de regime mais benéfico que o fechado para início do cumprimento da pena.

Marcelo não faz efetivamente jus à fixação do regime inicial diverso do fechado, em razão do quanto disposto no art. 33, § 3º, do CP, que se remete aos parâmetros subjetivos do art. 59 do CP. Diana também não faz jus a regime mais brando, em razão do disposto no art. 33, §2º, “b”, do CP.

Por tal razão, mesmo que o *quantum* da pena imposta aos sentenciados o permita, o estabelecimento de regime inicial mais benéfico dependerá, sempre, da análise concreta da culpabilidade do agente, de seus antecedentes, de sua conduta social, de sua personalidade, bem como dos motivos, das circunstâncias e das consequências do crime, além do comportamento da vítima.

A gravidade da dinâmica dos fatos perpetrados, tendo sido constatada natureza mais viciante e tóxica dos entorpecentes apreendidos (cocaína e “*crack*”), exige, igualmente, maior rigor por parte do Estado, cabendo a adoção do regime **fechado** para início do cumprimento de pena, previsto no art. 33, § 3º, do CP.

Está, por outro lado, ausente o requisito previsto no inciso I, do art. 44 do CP, que relaciona as hipóteses nas quais é possível a conversão da pena privativa de liberdade em restritivas de direito. É certo que a conduta ora julgada foi cometida sem violência ou grave ameaça à pessoa. Foi imposta, contudo, privação de liberdade superior a quatro anos, o que, por si só, afasta a possibilidade de aludida conversão. Com relação à Diana, tem-se que ela é **reincidente**, o que também obsta a substituição da reprimenda.

Destaque-se, ademais, que essa medida não se



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

mostra, com efeito, suficiente à reeducação dos agentes, e estaria, de qualquer modo, muito aquém da retribuição estatal necessária ao ilícito.

O tráfico ilícito de entorpecentes é crime de natureza grave, cujas circunstâncias (lucro fácil em detrimento da saúde de outrem) e consequências (desestabilização familiar e social), associadas à dinâmica dos fatos julgados nesta ação penal, tornam insuficientes, quer mencionada substituição, quer o início do cumprimento da reprimenda privativa de liberdade em sistema penal menos gravoso.

Em se cuidando de crimes que sejam referentes a tráfico de maior nocividade, como o ora sentenciado, aludidos benefícios são evidentemente inadequados à prevenção, à repreensão ou ainda à reeducação do condenado, pois sua permanência em liberdade viria desacompanhada de qualquer instrumento que o impedisse inclusive de reincidir em sua conduta, pondo a perder não apenas a sociedade, mas sua própria recuperação.

Ante o exposto, **nega-se provimento aos apelos Defensivos, e dá-se provimento ao recurso do Ministério Público**, para condenar MARCELO RODRIGUES DA SILVA como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06, às penas de 05 anos e 10 meses de reclusão e 583 dias-multa, à razão de 1/30 do maior salário mínimo vigente à época dos fatos; e DIANA ESPOSITO DE OLIVEIRA como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06, às penas de 06 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e de 600 dias-multa, também à razão de 1/30 do maior salário mínimo vigente à época dos fatos. Resta mantida, no mais, a r. sentença por seus próprios fundamentos.

Fica determinada, desde já, a expedição, após o



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

esgotamento de todos os recursos, de mandado de prisão em regime fechado, bem como de carta de guia, para que seja iniciado o cumprimento da pena em definitivo.

Tendo havido modificação no julgamento, comunique-se o teor da presente decisão ao Juízo das Execuções Penais, nos termos do art. 1º da Resolução CNJ n. 113/2010, com a redação que lhe foi dada pela Resolução CNJ n. 237/2016.

ROBERTO GRASSI NETO
Relator