



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

**Registro: 2025.0000398286**

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1505617-22.2024.8.26.0228, da Comarca de São Paulo, em que é apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, são apelados ANDRE LUIS LIMA DA SILVA e ERIC FERNANDO BOTELHO DIAS.

**ACORDAM**, em sessão permanente e virtual da 15ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Deram parcial provimento ao recurso Ministerial para condenar André Luís Lima da Silva à pena de 06 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e 600 dias-multa, no mínimo legal, como incurso no art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006. Oportunamente, após o trânsito em julgado, expeça-se mandado de prisão em nome de André Luís Lima da Silva. Mantém-se, no mais, a r. sentença, inclusive no que tange à absolvição do réu Eric Fernando Botelho Dias da imputação da prática do delito do artigo 16, § 1º, inciso IV, da Lei nº 10.826/03, com fundamento no art. 386, VII, do Código de Processo Penal. V.U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CHRISTIANO JORGE (Presidente sem voto), CONCEIÇÃO VENDEIRO E RICARDO SALE JÚNIOR.

São Paulo, 25 de abril de 2025.

**ELY AMIOKA**  
**Relatora**  
Assinatura Eletrônica

**Voto nº 22.859**

**Apelação nº 1505617-22.2024.8.26.0228**

**Comarca: São Paulo – 27ª Vara Criminal**

**Apelante: Ministério Público do Estado de São Paulo**

**Apelados: 1) André Luís Lima da Silva (solto – absolvido – menor de 21 anos)**

**2) Eric Fernando Botelho Dias (solto - absolvido)**

Apelação criminal – Tráfico de drogas e porte de arma de fogo com numeração suprimida - Sentença absolutória.

Recurso Ministerial – Pleito de condenação dos réus pelos delitos imputados.

Materialidade e autoria comprovadas – Tráfico de Drogas. Apreensão de 06 porções contendo 157,04g de maconha, uma balança portátil, um caderno de anotações de contabilidade de vendas de substâncias entorpecentes, além da quantia de R\$ 890,00. Depoimentos firmes e coesos dos Policiais, descrevendo como se deu a apreensão. Versão da Defesa que não convence. Conjunto probatório suficiente para imputar ao acusado André a prática do tráfico de drogas – Condenação que é de rigor.

Posse de arma de fogo com numeração suprimida – Provas insuficientes para imputar a propriedade da arma ao réu Eric – De rigor a manutenção de sua absolvição.

Dosimetria da pena – Exasperação da pena-base do réu André, diante dos maus antecedentes, conforme pleito Ministerial. Na fase intermediária, aumento da pena decorrente da circunstância agravante da reincidência, que é específica. Redução em virtude da circunstância atenuante da menoridade relativa. Na derradeira etapa, inviável a aplicação do redutor de pena previsto no art. 33, §4º da Lei de Drogas, eis que o réu é reincidente e possuidor de maus antecedentes.

Regime inicial fechado fixado por ser o único compatível com o delito de tráfico de drogas, equiparado a hediondo, não sendo recomendável a aplicação de regime menos severo neste caso concreto. Ademais, a quantidade de drogas apreendidas não permite a imposição de regime menos rigoroso.

Impossibilidade de substituição da privativa de liberdade por restritiva de direitos – falta de amparo legal – circunstâncias que não recomendam a substituição - Tratamento incompatível com os objetivos da Lei antitóxicos.

Recurso do Ministério Público parcialmente provido para condenar o réu André pelo delito de tráfico de drogas, nos termos deste voto. Determinação de expedição de mandado de prisão, oportunamente.

Ao relatório da r. sentença de fls. 508/518<sup>1</sup>, prolatada pela MMª. Juíza de Direito Dra. Clara Lacerda de Almeida Barros, ora adotado, acrescento que **André Luís Lima da Silva e Eric Fernando Botelho Dias** foram **absolvidos, respectivamente**, da imputação do delito do artigo 33, *caput*, da Lei 11.343/06, e artigo 16, § 1º, inciso IV, da Lei nº 10.826/03, com fundamento no art. 386, VII, do Código de Processo Penal.

Inconformado, **apelou o Ministério Público**, pleiteando a condenação dos réus pelos delitos imputados, entendendo estarem suficientemente comprovadas a materialidade e autoria delitivas (fls. 540/553).

Não houve interposição de recurso pelos réus.

Processado o recurso, com contrarrazões (fls. 577/594), os autos subiram a esta E. Corte de Justiça.

A douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo **provimento do recurso do Ministério Público** (fls. 607/616).

### **É o relatório.**

Narra a denúncia:

“Consta dos inclusos autos de inquérito policial que, no dia 27 de fevereiro de 2024, por volta de 15h15, no interior do Hotel, situado à Rua Autora, nº 459, República, nesta cidade e comarca de São Paulo, **ANDRE LUIS LIMA DA SILVA**<sup>2</sup>, qualificado às fls. 110 e 127, guardava e trazia consigo, para fins de tráfico, 6 porções contendo 157,04g de TETRAHIDROCANNABINAL

---

<sup>1</sup> Publicada aos 21/06/2024 (fls.522).

<sup>2</sup> Desempregado, nascido aos 20/06/2003 (20 anos na data dos fatos), RG 52648337.

“maconha”, uma balança portátil, um caderno de anotações de contabilidade de vendas de substâncias entorpecentes, além da quantia de R\$ 890,00 (oitocentos e noventa reais), substâncias essas que determinam dependência física e psíquica, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, consoante auto de exibição e apreensão de fls. 33/39 e laudo de constatação de fls. 121/123.

Consta, ainda, que, mas mesmas circunstâncias de tempo e local, nesta cidade e comarca de São Paulo, **ERIC FERNANDO BOTELHO DIAS**<sup>3</sup>, qualificado às fls. 106 e 128, portava, sem autorização e em desacordo com a legislação, 01 (uma) arma de fogo, marca Taurus, com numeração ou qualquer outro sinal de identificação raspado, suprimido ou adulterado, calibre 32, bem como quatro munições, calibre 32, conforme auto de exibição e apreensão de fls. 33/39.

Segundo o apurado, na data e local dos fatos, policiais militares estavam em patrulhamento de rotina quando avistaram um indivíduo desconhecido e efetuaram a abordagem.

Em revista pessoal, nada de ilícito foi encontrado em seu poder. Entretanto, esse indivíduo disse que comprava substâncias entorpecentes de um traficante que se hospedava no hotel situado na Rua Aurora, 459, quarto 128.

Os policiais rumaram ao referido endereço e, no quarto 128, identificaram o denunciado André como único hóspede. No interior do referido quarto os policiais encontraram 06 porções de maconha, uma balança portátil, um caderno com anotações aparentes de contabilidade

---

<sup>3</sup> Estoquista, nascido aos 28/10/1996.

referentes a vendas de substâncias entorpecentes e a quantia de R\$ 890,00 (oitocentos e noventa reais).

Indagado informalmente sobre os fatos, André disse que nos quartos 109, 115 e 121 daquele mesmo hotel poderiam existir mais entorpecentes escondidos e celulares que poderiam ser ilícitos.

Diante de tais informações, os policiais procederam as devidas diligências e no quarto 109, identificaram o denunciado Eric. Após terem franqueada a entrada ao interior do quarto, os policiais encontraram a referida arma de fogo, sem numeração aparente e quatro munições.

Indagado a respeito dos fatos, Eric não apresentou a documentação comprobatória da arma e das munições.

Ato contínuo, os policiais tiveram a entrada franqueada dos quartos 115 e 121, os quais não tinham hóspedes naquele momento, tampouco registro de entrada de hóspedes e, em seu interior, localizaram 54 aparelhos celulares, um tablete, marca Apple, modelo Ipad, e um notebook, porém, sem notícia de origem ilícita (Cf. auto de exibição, apreensão e entrega de fls. 33/39)

Conduzidos ao distrito policial e formalmente interrogados às fls. 31 e 32, tanto André como Eric permaneceram em silêncio.

Ante o exposto, denuncio ANDRE LUIS LIMA DA SILVA como incurso nos artigos 33, “caput”, da Lei nº 11.343/06, e ERIC FERNANDO BOTELHO DIAS como incurso no artigo 16, §1º, inciso IV, da Lei nº 10.826/03, na forma do artigo 69, “caput”, do Código Penal (...)” (Denúncia – fls. 04/06).

A denúncia foi recebida em 12/04/2024 para o réu André Luís (fls. 216/217) e em 20/05/2024 para o réu Eric Fernando (fls. 478/479).

Ao final da instrução, o MM. Juízo *a quo* prolatou a r. sentença absolutória, da qual constou:

*“No mérito, a pretensão punitiva estatal é improcedente.*

*Isto, pois as provas coligidas no curso da investigação são nulas, por violação ao art. 240, § 2º, do Código de Processo Penal.*

*Com efeito, a partir da colheita da prova oral, restou evidenciado que a abordagem inicialmente efetuada pelos agentes públicos não se baseou em fundada suspeita, nos termos do referido dispositivo. Senão vejamos.*

*(...)*

*Depreende-se, portanto, da prova oral colhida sob a égide do princípio constitucional do contraditório, que os elementos capazes de demonstrar a materialidade delitiva (auto de exibição e apreensão de fls. 39/45, laudos periciais de fls. 127/129, fls. 219/221 e fls. 461/464), foram obtidos a partir de diligência ilegal, posto que ausente a fundada suspeita apta a embasar a abordagem dos agentes públicos.*

*A simples alegação de que o indivíduo que indicou o local onde eram vendidos entorpecentes apresentou atitude suspeita, por estar região onde costuma haver a circulação de usuários de drogas e furtos de objetos assim como em várias outras localidades do estado não enseja a sua abordagem e a respectiva revista, faltando, pois, justa causa à diligência (art. 240, § 2º, CPP).*

*De fato, questionado o policial Leonardo Pereira Batista acerca do motivo da revista ao transeunte informante, esse declarou que estava em patrulhamento com sua equipe pela região da República e que tal indivíduo estaria em atitude suspeita, sem, contudo, declinar de forma objetiva qual seria a atitude em questão. Informou a testemunha que, por se tratar de área próxima à “Cracolândia”, pensaram os agentes públicos que havia algo com ele.*

*Do mesmo modo, o policial Fernando Adriano Lopes*

*afirmou que o informante foi abordado porque estava em atitude suspeita e, apenas quando questionado especificamente pela magistrada acerca do que o teria levado a essa percepção, relatou que a pessoa estaria com volume na cintura, mas que nada de ilícito foi encontrado em sua posse.*

*Veja-se, não se está dizendo que os policiais faltaram com a verdade em juízo. Entretanto, o que se descortina da colheita da prova oral é que não é possível aferir objetivamente o que ensejou a abordagem à pessoa que transitava pela rua, ante a divergência dos relatos e a ausência de dados concretos acerca da referida “atitude suspeita”, em decorrência do volume de operações semelhantes praticadas pelos agentes públicos.*

*As buscas pessoais, para poderem ser realizadas, necessitam de critério legítimo, exigindo o ordenamento jurídico pátrio a presença de fundada suspeita de posse de objeto que constitua corpo de delito, isto é, que exista “suspeição razoavelmente amparada em algo sólido, concreto e objetivo, que se diferencie da mera suspeita intuitiva e subjetiva”.*

*Deste modo, era necessário que a fundada suspeita a que se refere o artigo 244 do Código de Processo Penal fosse descrita de modo objetivo e justificada por indícios de que o indivíduo estivesse na posse de drogas, armas ou outros objetos ilícitos, evidenciando-se a urgência para a diligência – o que não ocorreu na presente hipótese.*

*Não se desconsidera que há situações em que o porte de objeto em cintura realmente pode ser considerado fundada suspeita em razão da localidade do patrulhamento (tal qual no presente caso, em região conhecida pela prática de furtos), mas desde que aliado a outros elementos concretos (v.g.: notícia prévia de pessoa portando arma de fogo, drogas ou produto de crime, tentativa de evasão do indivíduo ao avistar a polícia, imediata colocação das mãos na cintura visando a esconder objeto, reação imediata à presença policial etc.), os quais não restaram comprovados na hipótese em análise.*

*Caso contrário, seria dado aos agentes de segurança um salvoconduto para abordagens e revistas exploratórias baseadas em suspeição genérica, sem relação específica com a posse de itens ilícitos, o que não se coaduna com o Estado Democrático de Direito. Igualmente, os policiais teriam que abordar*

*todos os indivíduos que passavam pelo local trazendo algo consigo, o que evidentemente não ocorreu.*

*Registre-se que, in casu, além de inexistir qualquer narrativa de conduta do indivíduo que justificasse a abordagem, o relato de volume na cintura não foi confirmado pela segunda testemunha, que declarou tão somente que a suspeita surgiu em razão do local de patrulhamento. Tanto é assim que a diligência foi totalmente infrutífera em relação à revista pessoal, tendo sido localizados entorpecentes e arma de fogo em local distinto, por conta de informação passada pelo transeunte abordado, em situação igualmente nebulosa.*

*Em outras palavras, a busca pessoal foi realizada de forma genérica e injustificada, não se compatibilizando com os parâmetros delineados pelo art. 240, § 2º, e art. 244, do Código de Processo Penal.*

*Neste sentido, a jurisprudência do E. Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que “para a realização de busca pessoal é necessário que a fundada suspeita a que se refere o artigo 244 do Código de Processo Penal seja descrita de modo objetivo e justificada por indícios de que o indivíduo esteja na posse de drogas, armas ou outros objetos ilícitos, evidenciando-se a urgência para a diligência. (...) A suspeita assim justificada deve se relacionar, necessariamente, à probabilidade de posse de objetos ilícitos, pois a busca pessoal tem uma finalidade legal de produção de provas. De outro modo, seria dado aos agentes de segurança um 'salvo-conduto para abordagens e revistas exploratórias baseadas em suspeição genérica', sem relação específica com a posse de itens ilícitos”.*

*Deste modo, no que se refere à apreensão das drogas, da balança de pesagem, das anotações de venda dos entorpecentes e da arma de fogo, aplica-se, in casu, as teorias encampadas no art. 157, caput, e § 1º, CPP, segundo as quais "são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais", e, ainda, "as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras".*

*No contexto dos autos, sendo ilícita a revista pessoal do transeunte que informou a existência de drogas em quarto de hotel próximo e a*

*levou à apreensão dos produtos e objetos do crime porquanto violadora às normas legais contidas no art. 240, § 2º, e no art. 244, CPP, as demais provas produzidas a partir de tal diligência se encontram igualmente contaminadas, pois dessa decorrem.*

*Logo, em razão do reconhecimento da nulidade em questão, inviável a condenação dos Réus, por ausência de lastro probatório mínimo a confirmar a prática delitiva.*

*E, ainda que assim não fosse, há de se considerar que até mesmo as provas arrecadadas a partir do relato do informante são frágeis a embasar a condenação dos Réus, notadamente, do Réu Eric.*

*Com efeito, constata-se dos documentos acostados aos autos e do relato dos policiais militares que o referido informante não foi arrolado como testemunha, não havendo dados qualificativos de tal pessoa no boletim de ocorrência, que, inclusive, narra que “os policiais dispensaram o informante” (fls. 09/32), de forma a inviabilizar a confirmação da dinâmica dos fatos narrados na denúncia. O mesmo se sucedeu com a proprietária do hotel que, da recepção, visualizou a ação policial, em especial, a detenção do acusado André, além de ter fornecido as chaves dos quartos diligenciados e informações acerca de seus ocupantes.*

*Outrossim, o transeunte informante não repassou nenhuma característica física ou de vestimenta do suposto traficante apontado às testemunhas policiais, tendo os Réus sido abordados fora dos quartos em que realizadas as buscas.*

*Ainda sob tal ótica, não houve (i) coleta do registro dos ocupantes dos quartos do hotel com a proprietária presente no local; (ii) perícia papiloscópica nos quartos e na arma de fogo para verificar se os acusados realmente estavam na posse das drogas e do referido bem; (iii) perícia grafotécnica para checar se a letra do acusado André era a mesma das anotações de venda de drogas apreendidas etc.*

*Por fim, com relação especificamente ao Réu Eric, há de ressaltar ainda que os depoimentos das testemunhas em juízo apresentaram informações conflitantes, as quais impedem a aferição da sua autoria quanto ao crime de porte de arma de fogo com numeral ou sinal distintivo suprimido/raspado.*

*Segundo o policial Fernando, o acusado teria dito que estava guardando o seu aparelho celular no quarto em que encontrada arma de fogo, mas que nada sabia sobre esse objeto, ao passo que o policial Leonardo relatou que, apesar de ter resistido à prisão, o Réu teria admitido informalmente a posse do armamento.*

*Neste ponto, inclusive, salta aos olhos a narrativa da testemunha de que o acusado teria resistido à prisão, fazendo com que populares presentes no local tentassem impedir que fosse levado à delegacia, e, no mesmo ato, confessado a prática do crime, condutas incompatíveis entre si.*

*Assim, o único elemento de prova que ligaria Eric à arma de fogo seria a presença de celular com fotografia sua no mesmo quarto, elemento esse meramente indiciário de sua autoria.*

*Por todo exposto, JULGO IMPROCEDENTE a pretensão punitiva estatal para ABSOLVER André Luís Lima da Silva e Eric Fernando Botelho Dias, respectivamente, das penas dos crimes previstos no artigo 33, caput, da Lei nº 11.343/06 e artigo 16, § 1º, inciso IV, da Lei nº 10.826/03, na forma do artigo 69, caput, do Código Penal, nos termos do art. 386, inciso VII, CPP. (...)”*

Respeitado o posicionamento exarado na r. sentença, entendo que é o caso de parcial provimento ao recurso Ministerial, para condenar o réu ANDRÉ, nos termos da denúncia.

Com efeito, a materialidade delitiva restou comprovada pelo Auto de prisão em flagrante (fls. 07), Boletim de Ocorrência (fls. 09/32), Auto de Exibição e Apreensão (fls. 39/45), Laudo de constatação (fls. 127/129), Laudo de Exame Químico-toxicológico (fls. 219/221), Laudo na arma de fogo apreendida (fls. 459/462), Laudo nos documentos descrevendo contabilidade (fls. 450/458), bem como pela prova oral produzida nos autos.

A autoria também é inconteste.

Interrogados quando da prisão em flagrante delito, os **réus André e Eric** permaneceram em silêncio (fls. 37/38).

Na fase inquisitiva, o Policial Militar *Fernando Adriano Lopes* declarou: “em patrulhamento ostensivo rotineiro pela área central desta Capital, deliberaram pela abordagem de um transeunte que submetido à busca e revista pessoal nada de ilícito foi encontrado em seu poder. Entretanto, esse indivíduo disse que comprava substâncias entorpecentes no hotel situado na rua Aurora, 459, cujo traficante ficava hospedado no quarto 128 daquela hospedaria. O depoente dispensou o informante e rumaram para o local indiciado por ele. Ali chegando, identificaram o indiciado André como único hóspede do quarto 128 do Hotel, em cujo interior do quarto encontraram 06 porções de erva esverdeada, aparentando ser maconha, uma pequena balança portátil, um caderno com anotações aparentes de contabilidade referentes à vendas de substâncias entorpecentes e a quantia monetária de R\$890,00 (oitocentos e noventa reais). O indiciado André, informalmente, disse que nos quartos 109, 115 e 121 daquele hotel poderiam existir mais entorpecentes escondidos e celulares que poderiam ser ilícitos. Diante tais informes, procederam diligências ali dentro e identificaram o indiciado Eric como sendo o hóspede do quarto 109. No interior do quarto por ele ocupado, encontraram 01 (um) revólver calibre .32, sem numeração aparente, em mau estado de conservação, e 04 (quatro) munições de arma de fogo. Eric não possui documentação comprobatória da posse regular dessa arma tampouco das munições. O depoente teve a entrada dos quartos 115 e 121 franqueadas, os quais não tinham hóspedes naquele momento da diligência tampouco registro de entrada de hóspede, e, em seu interior, localizaram 54 aparelhos celulares, um tablet Ipad e um notebook. Não se tem notícia, por ora, de origem ilícita de tais aparelhos (fls. 35).

Em juízo, o Policial Militar *Fernando* declarou que no dia dos fatos, estava em patrulhamento de rotina pela região central, próximo à Cracolândia, quando, em abordagem a indivíduo na rua, esse apontou um quarto de

hotel próximo como sendo ponto de venda de drogas ilícitas; era o quarto 128. Tal indivíduo foi abordado porque ele estava em atitude suspeita, com certo volume na cintura. Nada de ilícito foi encontrado com ele. Em pesquisa ao IMEI do celular que estava com ele, não constou nenhum apontamento. Tal indivíduo disse que no hotel estava sendo praticado tráfico de entorpecentes e informou o quarto do hotel, de número 128. Em razão dessa informação, dirigiram-se ao local indicado. Assim que chegaram ao hotel, na escada, havia um rapaz descendo, o réu André, que aparentou muito nervosismo. Ele imediatamente tentou esconder a chave do quarto e foi possível ver que se tratava da chave do quarto 128, apontado pela testemunha abordada na rua. O declarante e sua equipe estavam na recepção quando isso ocorreu. Foi perguntado para ele se havia algo de errado no quarto e ele disse que não. Perguntaram o motivo de estar escondendo a chave e ele disse que não havia nada de ilícito e que poderiam ver o quarto. Decidiram por proceder à revista do quarto e ele acompanhou o procedimento. Havia forte cheiro de maconha no local e ele não soube explicar a origem das drogas e do dinheiro localizados. Essa pessoa que estava com a chave era o réu André, que informou que em outros quartos havia celulares procedentes de ilícito e possível arma e fogo. Os policiais, então, voltaram até a recepção, conversaram com a recepcionista que ali estava sobre os quartos. Ela indicou que os quartos apontados por André estariam vazios. Realizada a busca em um deles, localizaram cinquenta e quatro aparelhos celulares. Salvo engano, no quarto de número 109, avistaram em cima da cama uma arma de fogo e, ao lado dela, um aparelho celular. O telefone estava ligado e desbloqueado, com a fotografia de uma selfie de uma pessoa aparecendo. Reconheceram tal pessoa como sendo um indivíduo avistado no início da diligência, próximo ao local. Em sequência, quando estavam saindo do hotel, avistaram a pessoa da fotografia do celular próximo a um mercado, do outro lado da rua. Conversaram com ele e pediram para ir até a viatura. Informou a ele que o quarto que seria dele tinha arma de fogo e aparelho celular. O depoente conversou com o suspeito, que apresentou certo nervosismo e tentou se evadir. Nisso, várias pessoas chegaram ao local tentando impedir a prisão e foi necessário pedir reforço policial. Quando o acusado se acalmou, foi detido. Tratava-se do réu Eric. Colocaram-no na viatura. Quando ele se acalmou, ele disse que estava guardando o celular, que era dele, e nada sabia sobre a arma. Ele não disse que era o

ocupante daquele quarto. A lista dos ocupantes sumiu quando foram fazer a arrecadação. Não levaram a recepcionista para a delegacia, mas ela foi qualificada no boletim de ocorrência. O declarante não conhecia nenhum dos réus de ocasião anterior. As drogas no quarto de André estavam em porção única, relativamente grande. Tinha cheiro forte de maconha. Não se lembra se eram duas porções ou se apenas uma, mas se recorda que não estava fracionada. Foram localizadas também uma balança e uma faca, porém, não sabe dizer se essa era utilizada para fracionamento da droga. A testemunha abordada na rua não foi levada para a delegacia, mas foi qualificada no relatório de serviço. O Policial Leonardo é de sua equipe. Não sabe se ele presenciou todos os fatos narrados, mas ele estava ao seu lado a todo momento, então, acredita que sim.

Na fase inquisitiva, o Policial Militar *Leonardo Pereira Batista Santos* declarou: “em patrulhamento ostensivo rotineiro pela área central desta Capital, deliberaram pela abordagem de um transeunte que submetido à busca e revista pessoal nada de ilícito foi encontrado em seu poder. Entretanto, esse indivíduo disse que comprava substâncias entorpecentes no hotel situado na rua Aurora, 459, cujo traficante ficava hospedado no quarto 128 daquela hospedaria. O depoente dispensou o informante e rumaram para o local indiciado por ele. Ali chegando, identificaram o indiciado André como único hóspede do quarto 128 do Hotel, em cujo interior do quarto encontraram 06 porções de erva esverdeada, aparentando ser maconha, uma pequena balança portátil, um caderno com anotações aparentes de contabilidade referentes à vendas de substâncias entorpecentes e a quantia monetária de R\$890,00 (oitocentos e noventa reais). O indiciado André, informalmente, disse que nos quartos 109, 115 e 121 daquele hotel poderiam existir mais entorpecentes escondidos e celulares que poderiam ser ilícitos. Diante tais informes, procederam diligências ali dentro e identificaram o indiciado Eric como sendo o hóspede do quarto 109. No interior do quarto por ele ocupado, encontraram 01 (um) revólver calibre .32, sem numeração aparente, em mau estado de conservação, e 04 (quatro) munições de arma de fogo. Eric não possui documentação

comprobatória da posse regular dessa arma tampouco das munições. O depoente teve a entrada dos quartos 115 e 121 franqueadas, os quais não tinham hóspedes naquele momento da diligência tampouco registro de entrada de hóspede, e, em seu interior, localizaram 54 aparelhos celulares, um tablet Ipad e um notebook. Não se tem notícia, por ora, de origem ilícita de tais aparelhos” (fls. 36).

Em juízo, o Policial Militar *Leonardo* declarou que estava em patrulhamento de rotina com seu parceiro de equipe, pela região da República, quando abordaram indivíduo em atitude suspeita. A área era próxima à Cracolândia e pensaram que havia algo com ele. Nada de ilícito, contudo, foi encontrado com tal pessoa. O indivíduo abordado falou que tinha comprado drogas no hotel indicado para a abordagem, no quarto 128. Dirigiram-se ao local. Quando entraram no hotel, o réu André estava descendo as escadas com a chave do quarto 128 em mãos, mesmo quarto apontado pelo rapaz abordado na rua. Ele estava muito nervoso. Indagaram se havia algo de ilícito no quarto, ele disse que não. Foi feita a revista no quarto e localizados entorpecentes, além de uma balança. O acusado disse que no hotel poderia ter mais entorpecentes e celulares produto de furto. O hotel faz esquina com a rua Guaianazes, que é bem conhecida pela prática de furto e receptação de celulares. O réu passou o número dos quartos 109, 115 e 121. Os policiais, então, desceram e a dona do hotel disse que esses dois quartos (115 e 121) estariam vazios. Ato contínuo, pegaram as chaves das habitações vazias na portaria e fizeram as buscas no local. No quarto 109, não havia ninguém, apenas um celular desbloqueado e uma arma de fogo. Quando apertaram o celular, estava a foto do Eric. Quando estavam indo para a delegacia, o acusado Eric chegou ao hotel. Ele viu a equipe, começou a ficar nervoso e tentou empreender fuga. Viram que a fotografia que estava no celular no quarto 109 era do rosto do Eric. Decidiram, então, por detê-lo, mas ele resistiu. Foram necessários vários policiais para contê-lo. As pessoas da rua quiseram ir para cima da equipe. Após, conduziram ambos os acusados para a delegacia. A pessoa que disse que comprava drogas no quarto 128 não foi conduzida para a delegacia, pois nada de ilícito foi encontrado com ela; porém tudo constou em

relatório. A moça da recepção tinha lista de quem estava nos quartos. Não se lembra quem constava como sendo o ocupante do quarto 128. O acusado André admitiu informalmente que as drogas eram dele e passou a numeração dos demais quartos. Havia balança, contabilidade, drogas e dinheiro dentro do quarto que ele ocupava. Salvo engano, havia seis porções grandes de maconha e R\$890,00. Havia material para acondicionamento de drogas. Ele mesmo admitiu que estava no quarto na hora da abordagem. Conversou com a moça, que disse que não havia ninguém no 115 e 121. Havia muitos aparelhos celulares e tablets no local. O depoente não chegou a olhar quem constava como ocupante desses quartos na listagem da recepção. A proprietária disse que não havia ocupantes nesses quartos. Não conhecia os réus de ocasião anterior. O transeunte disse que havia um traficante no hotel com a drogas, mas não passou características físicas. Não verificou se a pessoa que tinha fotografia no celular era quem constava no registro do quarto do hotel onde localizada a arma de fogo, mas ele admitiu a posse do armamento informalmente para os policiais. A dona do hotel não informou se Eric era de fato o ocupante do quarto em questão. Não participou da abordagem de pessoa em supermercado. Assim que entraram no hotel conversaram com a dona e logo em seguida o réu André apareceu. Ele foi abordado dentro do hotel, na recepção. A dona do hotel era quem estava na recepção. O relatório que anotou a qualificação das testemunhas foi o que fazem do dia a dia. Também constou a qualificação da proprietária no BOPM. Realizou a abordagem no quarto 128 junto com seu parceiro de equipe. Havia algumas peças de roupa no local. Não sabe dizer se alguma pessoa morava ali; às vezes a pessoa só aluga para realizar o tráfico de drogas no local. No início, estavam em três policiais e depois chegaram a ficar em quase dez por conta da abordagem a Eric, que apresentou resistência.

Interrogado em juízo, o **réu André** declarou que a acusação não é verdadeira. Narrou que, no dia dos fatos, estava em casa e decidiu ir até um bloco de carnaval na região central, porque já estava em contato com uma garota, por meio de um site de encontros. Combinaram de se encontrar na parte da tarde. A menina disse que poderiam se encontrar em local específico, onde já estava

acostumada a frequentar, fazendo programas. Ela disse que se tratava de um hotel e que o quarto estaria reservado. Quando o interrogando chegou ao local, ela já estava o esperando na portaria. Foram para o quarto e, ao final do encontro, desceu com a chave para entregá-la na recepcionista. Combinou de pagar pelo programa junto com o quarto. Quando estava descendo as escadas, deparou-se com três policiais militares na recepção. De pronto, eles seguraram a camiseta do Réu e perguntaram se possuía passagem criminal. Informou que estava com a menina no quarto, tendo eles pegado a chave de sua mãe e subido. Eles também pegaram uma chave que estava na recepção. O depoente ficou na parte de baixo com um dos policiais aguardando. Logo depois, os agentes públicos desceram e disseram que era para “grampear” o depoente. Comunicaram que foram encontradas drogas, mas não as apresentaram. Eles a levaram para a viatura. A menina saiu para fazer outro programa que estava marcado, ela foi embora antes. O pagamento foi feito pelo interrogando junto com o pagamento do valor do quarto. Já havia realizado o pagamento antes. Marcou o encontro com a garota por meio de um site que disponibilizava o telefone para conversarem por meio de WhatsApp. As conversas não ficaram gravadas porque o celular que tinha fazia backup apenas diariamente. No quarto em que ficou com a menina, viu que ela estava em estado de drogadição e fazia uso de bebida. Não se recorda do número do quarto. Não viu balança de pesagem ou caderno de anotação. Pagou a quantia de R\$ 150,00 no programa e R\$ 80,00 pelo quarto em dinheiro. Não sabe para onde a menina foi quando acabou o programa. Os policiais revistaram outros quartos, porém não conseguiu visualizar a operação. Ficou sabendo que um menino também foi preso no dia, pois quando estava sendo conduzido para a delegacia foi realizada a abordagem dele. Não sabe por que motivo esse rapaz foi preso. Quando entrou no hotel, não precisou se identificar, pois a garota já tinha deixado informado que o depoente chegaria. Não viu se os policiais conversaram com a pessoa que estava na recepção.

Em juízo, o **réu Eric** não compareceu para ser interrogado, sendo decretada a sua revelia (fls. 501).

Da análise do conjunto probatório, tem-se

incontroverso que o **réu André praticava o tráfico de entorpecentes**.

Em relação ao réu Eric, **porém**, entendo que as provas são insuficientes para a sua condenação, respeitado o pleito Ministerial nesse ponto.

Com efeito, os policiais, em depoimentos firmes e coerentes, narraram que, em patrulhamento no local dos fatos – conhecido ponto de tráfico de entorpecentes e outros delitos – abordaram transeunte que estava em atitude suspeita, com um volume na região da cintura. Nada de ilícito encontraram em seu poder. Tal transeunte, porém, indicou que havia um indivíduo vendendo drogas em um hotel próximo ao local, no quarto 128.

Neste ponto, respeitados os entendimentos em sentido contrário, destaca-se que não se vislumbra ilegalidade na abordagem realizada pelos policiais.

Com efeito, o Policial Fernando declarou que estavam na região da Cracolândia, e tal indivíduo apresentava atitude suspeita, com volume em sua cintura. O Policial Leonardo, embora não tenha relatado a respeito do volume na cintura do transeunte, confirmou que o indivíduo apresentava atitude suspeita e que pensaram que havia algo (de ilícito) com ele.

Destaca-se, neste ponto, que o art. 244 do Código de Processo Penal é suficientemente claro ao apontar que a busca pessoal será permitida, independentemente de mandado, sempre que houver fundada suspeita de que o sujeito esteja de posse de armas, objetos ou papeis que constituam corpo de delito. No caso em apreço, as circunstâncias fáticas demonstram a existência dessa suspeita fundada, porquanto o acusado apresentava atitude suspeita, em local conhecido pela prática de diversos crimes, bem como trazia um volume suspeito em sua cintura.

Neste sentido, inclusive, já decidiu o C. STJ: *“Nos termos do art.244 do CPP, a busca pessoal independará de mandado quando houver prisão ou fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida, de objetos ou papéis que constituam corpo de delito, ou ainda quando a medida for determinada no curso de busca domiciliar. A busca pessoal é legítima se amparada em fundadas razões, se devidamente justificada pelas circunstâncias do caso concreto”* (STJ, AgRg no HC 720.471/SP, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Quinta turma, DJe24/02/2022).

No mais, os policiais narraram que visualizaram o transeunte em atitude suspeita e decidiram abordá-lo, mas nada de ilícito encontraram em seu poder. Tal transeunte, porém, indicou que havia um indivíduo vendendo drogas em um hotel próximo ao local, no quarto 128.

Diante disso, os policiais dirigiram-se ao referido hotel. Enquanto conversavam com a recepcionista, o réu André descia as escadas para sair do hotel e, ao visualizar os policiais, apresentou intenso nervosismo. Os Policiais relataram ter visto que ele estava com a chave do quarto de nº 128 e tentou escondê-la. Tratava-se justamente do quarto indicado pelo transeunte como sendo ponto de venda de drogas.

Os agentes públicos descreveram que o réu André, indagado, disse que não havia nada de ilícito em tal quarto, e que os policiais poderiam verificar. Chegando ao local, os policiais encontraram as drogas, anotações para o tráfico, dinheiro e balança de precisão.

Os policiais declararam que André acabou confessando informalmente a traficância, alegando que poderiam ser encontrados, em outros quartos de hotel (de números 109, 115 e 121), mais entorpecentes, além de armas e celulares provenientes de ilícitos.

Então, os policiais dirigiram-se à recepção do hotel para

saber dos quartos apontados pelo réu André, e obtiveram a informação de que os quartos 115 e 121 estavam vazios. Em tais quartos, os policiais encontraram diversos celulares, tablets e notebook, que foram apreendidos.

Já no quarto 109, segundo a narrativa dos policiais, encontraram uma arma de fogo, quatro munições e um celular desbloqueado, onde constava uma 'selfie' do réu Eric, que foi abordado logo depois, nas proximidades do hotel.

Por oportuno, destaco ser inquestionável a validade do depoimento prestado pelos Policiais. É mais do que remansosa a jurisprudência no sentido de que os agentes públicos, tais como policiais, não são suspeitos apenas pela função que ocupam, podendo ser testemunhas em processo criminal.

Pelo contrário, por serem agentes públicos investidos em cargos cujas atribuições se ligam umbilical e essencialmente à segurança pública, não tem qualquer interesse em prejudicar inocentes, principalmente quando os relatos apresentados são coerentes e seguros, de maneira que, não havendo absolutamente nada no conjunto probatório que desabone seus testemunhos, a estes deve ser conferida relevante força probante.

De fato, posiciona-se a jurisprudência do C. STJ:

“os depoimentos de policiais, devidamente confirmados em juízo, constituem-se prova idônea à condenação” (STJ, 6ª Turma, HC 28417/SP, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, v.u., j. 16.12.2004; in DJU de 06.02.2006; p. 326).

É nesse sentido também o entendimento do C. STF:

"VALIDADE DO DEPOIMENTO TESTEMUNHAL

DE AGENTES POLICIAIS. 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 [...]" (STF, 1.<sup>a</sup> Turma, HC n.º 73.518/SP, Rel. Min. Celso de Mello, v.u., j. 26.03.96: in DJU 18.10.96).

No mais, importante destacar que ambos os policiais, tanto na fase inquisitiva como em juízo, asseveraram que o réu André portava a chave do quarto 128 quando fora abordado, dentro do hotel. Em tal quarto foram localizados os entorpecentes, balança de precisão, dinheiro e anotações para o tráfico. Os policiais também declararam, em juízo, que André lhes confessou informalmente a traficância de drogas.

Por outro lado, a versão do réu André não merece acolhida. Este declarou que tinha agendado um programa com uma garota em referido hotel. Todavia, não comprovou o alegado. Não indicou o site pelo qual teria encontrado a garota de programa, sua qualificação, ou mesmo as tratativas com ela realizadas. Tampouco comprovou o pagamento pelo programa, e sequer trouxe explicação plausível a respeito do pagamento do quarto do hotel, alegando que pagou o programa e o quarto para a garota; todavia esta teria ido embora antes de André, deixando com ele a chave do quarto. Destaca-se, outrossim, que o réu André sequer ventilou tal narrativa perante a Autoridade Policial, ocasião em que permaneceu em silêncio.

Outrossim, não se vislumbra a existência de contradições relevantes nos depoimentos dos policiais em relação aos fatos relacionados ao réu André, de forma que a prova dos autos é suficiente para a sua condenação pelo delito de tráfico de drogas.

Anoto, por oportuno, que, para a configuração do delito de tráfico de drogas, **não seria necessária prova da mercancia**, pois o simples fato de, com essa finalidade, guardar, manter em depósito, trazer consigo, fornecer, ainda que gratuitamente, a substância, também caracteriza o crime em questão.

Ressalto o ensinamento de Fernando de Almeida Pedroso:

“em sede de tráfico de substância entorpecente, constituem prova indiciária do malsinado e vil comércio, exemplificativamente, a quantidade apreendida de estupefacientes, denotando sua incompatibilidade com a destinação para o próprio uso; a forma de fragmentação e acondicionamento do tóxico, confeccionado em diversas embalagens ou unidades distintas e individuais, indicando o propósito de venda a varejo”.

Portanto, o conjunto probatório produzido nos autos é suficiente para a condenação de André pelo delito de tráfico de drogas, nos termos do pleito Ministerial.

Destaco, neste ponto, os argumentos lançados pelo Ministério Público nas razões de Apelação:

*“Com base na prova oral colhida em juízo (vide depoimento dos policiais), verifica-se que as circunstâncias do fato indicam que as substâncias entorpecentes encontradas no quarto de André (nº 128) eram destinadas à difusão coletiva, sobretudo em razão da quantidade de droga – incompatível com a condição de usuário – e da forma de acondicionamento, bem como da apreensão conjunta de balança portátil, de anotações de contabilidade referente a venda e de determinada quantia em dinheiro.*

*O crime de tráfico de drogas é plurinuclear ou de ação múltipla, de forma que, apesar não se ter visualizado efetiva comercialização, o fato*

*de guardar os entorpecentes (periciados – fls. 127- 129/219-221), ainda que sem prova da venda ou da efetiva entrega a terceiros - mas com essa destinação -, já e suficiente para o enquadramento no tipo penal e a imputação do fato criminoso ao réu”.*

Por outro lado, **em relação ao réu Eric**, entendo que as provas são insuficientes para a condenação.

Eric não estava no quarto 109 quando este foi vistoriado e foram encontrados a arma de fogo, munições e celular. Aliás, Eric não estava sequer dentro do hotel onde se deram os fatos.

Outrossim, não há nos autos comprovação de que Eric estaria hospedado em referido quarto, ou mesmo naquele hotel. Ele não trazia consigo a chave do quarto ou qualquer demonstrativo de hospedagem. Outrossim, não foi providenciado qualquer documento comprovando sua estada no local.

A única ligação de tal acusado com os ilícitos ali apreendidos seria um celular desbloqueado, em que constaria uma fotografia de Eric – o que, isoladamente, é insuficiente para a condenação. Destaca-se, ademais, que não foi juntada aos autos sequer a comprovação de que efetivamente havia uma fotografia de Eric no celular ali encontrado.

Ademais, os depoimentos dos Policiais Militares apresentaram divergências relevantes em relação aos fatos imputados a Eric – ao contrário do que ocorreu em relação ao corréu André.

O Policial Fernando declarou que havia visto Eric nas proximidades do hotel, antes mesmo de adentrar tal local. Relatou, outrossim, que, depois da prisão de André, quando se dirigiam ao Distrito Policial, visualizaram Eric

do outro lado da rua, próximo a um mercado. Tentaram abordá-lo, mas este apresentou resistência. Indagado, Eric teria dito que o celular era dele, mas nada sabia sobre a arma.

Já o Policial Leonardo não relatou ter visto Eric antes da entrada no hotel. Tal Policial descreveu que, quando estavam indo para a delegacia, Eric chegou ao hotel e, ao notar a equipe, tentou se evadir, sendo necessária a ajuda de outros policiais para detê-lo. O Policial Leonardo disse que não realizou a abordagem de Eric nas proximidades de um supermercado. Ele declarou, ainda, que Eric lhes confessou informalmente a propriedade da arma de fogo.

Assim, repita-se, não há comprovação de que Eric seria proprietário da arma de fogo e munições apreendidas. E em relação a tal acusado, os relatos dos policiais se mostraram insuficientes para a sua condenação. Acrescente-se, ainda, que Eric é primário e, até a presente data, aos 28 anos, não possui quaisquer outras anotações policiais.

Desta forma, entendo que **deve ser mantida a absolvição de Eric Fernando Botelho Dias em relação ao delito do artigo 16, § 1º, inciso IV, da Lei nº 10.826/03, com fundamento no art. 386, VII, do Código de Processo Penal.**

Diante da **condenação de André Luis Lima da Silva pelo delito do art. 33, caput, da Lei nº 11.343/06**, passo à análise da **dosimetria de sua pena.**

Na primeira fase, em atenção aos critérios do art. 59 do Código Penal e art. 42 da Lei de Drogas, de rigor a fixação da pena-base acima do mínimo legal.

Isso porque o réu André registra duas condenações definitivas pelo delito de tráfico de drogas, sendo que uma delas será considerada como **maus antecedentes**<sup>4</sup> e, a outra, como reincidência, nos termos do pleito Ministerial.

Assim, exaspero a reprimenda do réu em 1/6 diante de seus maus antecedentes, perfazendo *05 anos e 10 meses de reclusão e 583 dias-multa, no mínimo legal*.

Na fase intermediária, incide a circunstância atenuante da **menoridade relativa** do réu André, que possuía 20 anos ao tempo dos fatos. Assim, redimensiono sua reprimenda para o mínimo legal de *05 anos de reclusão e 500 dias-multa*.

No mais, presente a circunstância agravante da **reincidência**<sup>5</sup>, que é **específica**, majoro a reprimenda do réu em 1/5, perfazendo *06 anos de reclusão e 600 dias-multa, no mínimo legal*.

Note-se que, não tendo o Código Penal estabelecido restrições mínimas ou máximas por conta de circunstâncias agravantes ou atenuantes, cabe ao Magistrado, diante das peculiaridades do caso concreto, adotar uma fração, observando-se o princípio da proporcionalidade. No caso dos autos, o acréscimo da pena na fração de 1/5 se mostra razoável pelo fato de a **recidiva ter se dado por delito da mesma espécie**, a justificar uma majoração diferenciada nesta fase.

Nesse sentido, aliás, é o entendimento do Col. Superior Tribunal de Justiça: **"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. REINCIDÊNCIA. FRAÇÃO DE**

<sup>4</sup> Autos nº 1521465-20.2022.8.26.0228. Art. 33 da Lei 11.343/06. Fatos: 18/09/2022. Trânsito em julgado: 12/12/2022 (fls. 145).

<sup>5</sup> Autos nº 1505663-79.2022.8.26.0228. Art. 33 da Lei 11.343/06. Fatos: 07/03/2022. Trânsito em julgado: 15/02/2024 (fls. 144/145).

**AUMENTO. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. PACIENTE REINCENTE ESPECÍFICO. REGIME INICIAL FECHADO DE CUMPRIMENTO DE PENA. REINCENTIA ESPECÍFICA. MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. ORDEM NÃO CONHECIDA. 1. O Código Penal não estabelece limites mínimo e máximo de aumento ou redução de pena a serem aplicados em razão das agravantes e das atenuantes genéricas, respectivamente. Nesse sentido, a doutrina e a jurisprudência têm se orientado no sentido de que cabe ao magistrado, dentro do seu livre convencimento e de acordo com as peculiaridades do caso concreto, escolher a fração de aumento de pena pela incidência da agravante, em observância aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. 2. Não há constrangimento ilegal quando verificado que as instâncias ordinárias procederam ao razoável aumento de dois anos da pena, na segunda fase da dosimetria, pela agravante da reincidência, visto que o paciente era, ao tempo do crime, reincidente específico. 3. É devida a imposição do regime inicial fechado ao reincidente específico condenado à reprimenda de 7 anos de reclusão, nos termos do art. 33, § 2º e alíneas, do Código Penal. 4. Ordem não conhecida" (STJ, HC 275.145/RS, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 26/05/2015 - grifei).**

Na derradeira etapa, não há causas de aumento de pena.

Inaplicável, por outro lado, a benesse do § 4º, do art. 33 da Lei de Drogas, diante da **reincidência específica** e dos **maus antecedentes** do réu.

Inexistindo outras alterações, a pena fica fixada em **06 anos de reclusão e 600 dias-multa, no mínimo legal.**

Indiscutível que, para o delito de tráfico de drogas, **o regime inicial é o fechado**. Todo indivíduo que participa de narcotráfico revela extrema periculosidade.

O crime em tela intranquiliza a população e vem crescendo, causando problemas gravíssimos ao bom convívio familiar. Essa difusão há de ser coibida pelo Estado-Juiz, o qual, ao impor regime mais rigoroso, não só retirará o malfeitor perigoso do convívio social, mas também evitará que ele continue a exercer suas atividades ilícitas, viciando pessoas e destruindo famílias.

Referindo-se ao regime inicial fechado, já se decidiu: *“(...) medida esta estabelecida em perfeita harmonia com o tratamento diferenciado e mais rígido conferido pela própria Constituição federal aos crimes hediondos e equiparados (art. 5º, XLIII), não cumprindo ao Poder Judiciário analisar a conveniência e a adequação da política criminal do seu tratamento, matéria reservada ao Poder Legislativo, Órgão constitucionalmente competente para tanto”<sup>7</sup>.*

Sobre o tema, o C. STJ decidiu recentemente:

**“AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS  
SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE DROGAS.  
DOSIMETRIA. REDUTOR PREVISTO NO ART. 33, § 4º, DA LEI N.**

<sup>7</sup> TJSP, 1ª Câmara de Direito Criminal Extraordinária, Apelação n. 0097795-70.2011.8.26.0050, Des. Airton Vieira, j. 26.02.2015.

11.343/2006. INVIABILIDADE. PACIENTE QUE NÃO SE TRATAVA DE TRAFICANTE EVENTUAL. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO INVIÁVEL NA VIA ELEITA. PRECEDENTES. ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL. INVIABILIDADE. GRAVIDADE CONCRETA DA CONDUTA. EXPRESSIVA QUANTIDADE E VARIEDADE DE DROGAS. PRECEDENTES. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR MEDIDAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. EXPRESSA VEDAÇÃO LEGAL. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. (...) **4. Quanto ao regime prisional, apesar de o montante da sanção - 5 anos de reclusão - admitir, em tese, a fixação do regime inicial intermediário, a gravidade concreta da conduta, consubstanciada na expressiva quantidade e variedade de drogas apreendidas, autoriza a fixação do regime mais gravoso; o que está em harmonia com a jurisprudência desta Corte Superior, que é pacífica no sentido de que a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, ou ainda, outra situação que demonstre a gravidade concreta do delito perpetrado, como in casu, são condições aptas a recrudescer o regime prisional, em detrimento apenas do quantum de pena imposta, de modo que não existe ilegalidade no resgate da reprimenda da paciente no regime inicial fechado. Precedentes. (...) 6. Agravo regimental não provido. (STJ, AgRg no HC n. 905.390/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 10/6/2024, DJe de 12/6/2024) (g.n.)**

E, ainda: “Habeas Corpus substitutivo de recurso próprio. Não cabimento. Tráfico de drogas. Pena-base no mínimo legal. Pena inferior a 8 anos. Quantidade, natureza e diversidade das drogas apreendidas. Gravidade concreta do delito. **Regime fechado – art. 42 da Lei n. 11.343/06 e art. 33, § 3º, do Código Penal.** Constrangimento ilegal não evidenciado. Habeas corpus não conhecido. (...) 2. ... **a quantidade, diversidade e natureza das drogas apreendidas (art. 42 da Lei n. 11.343/06) justificam a imposição de regime mais gravoso, no caso o fechado, de acordo com o disposto no § 3º do art. 33 do**

**Código Penal.** Habeas corpus não conhecido” (STJ – 5ª Turma – HC 313085/SP – Relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Dj. 21.6.2016 e DJE 28.6.2016). (grifei).

Da mesma forma, conforme decidido no v. acórdão nos autos n. 0037387-81.2012<sup>8</sup>, “a identificação do regime inicial mais adequado à repressão e prevenção dos delitos deve observar os critérios do art. 33, §§ 2º e 3º do Cód. Penal, **bem como do art. 42 da Lei 11.343/2006**, quando se tratar de delitos previstos nessa Lei. Nesse sentido: STJ – HC 272.152/SP – rel. Min. Marilza Maynard – 6ª Turma – J. 10.12.2013. 013. No caso em tela, a fixação do regime mais gravoso para o início do desconto da pena privativa de liberdade se impõe pela natureza e expressivo número de estupefacientes apreendidos, a atrair a incidência do art. 42 da Lei de Tóxicos. Há precedentes da E. Corte Superior: HC 278676/MS – 6ª T. – rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura – j. 24.10.2013; HC 222994/SP – 6ª T. – rel. Min. Marilza Maynard, Des. convocada do TJ/SE – j. 24.10.2013; HC 278530/SP – 5ª T. – rel. Min. Marco Aurélio Bellizze – j. 22.10.2013. Outrossim, relevante observar o texto legal dos arts. 33, §3º e 59, ambos do Código Penal, sem olvidar a natureza da infração e os males que provoca no seio social, devendo o infrator experimentar repercussões objetivas acerca da censurabilidade de sua conduta. O art. 33, §3º do Cód. Penal remete ao art. 59, do mesmo texto, para eleição do regime de cumprimento das penas, o qual, aliás, traz em seu bojo as consequências do delito como elemento informador contribuiu decisivamente contra a ordem e saúde públicas com benefício que não se acha devidamente posto na lei do ponto de vista teleológico”.

No mesmo sentido, já decidiu este E. Tribunal de Justiça de São Paulo, citando várias r. decisões do C. STJ:

“Conquanto a pena tenha sido fixada aquém do patamar de 08 (oito) anos de reclusão, necessários para a imposição do regime fechado (artigo 33, § 2º, alínea 'a', do Código Penal), consoante orientação do Superior Tribunal de Justiça a natureza dos entorpecentes apreendidos (cocaína), bem como as circunstâncias da ocorrência, como se dá no caso em apreço, são fatores que

---

<sup>8</sup> TJSP – Relator Amaro Thomé, j. 12.05.2015.

podem justificar o regime prisional fechado como o mais adequado para o cumprimento da pena privativa de liberdade, nos termos do artigo 33, §§2º e 3º, do Código Penal. Nesse sentido os seguintes julgados: HC nº 189.960/SC, Quinta Turma, Relatora Ministra LAURITA VAZ, j. 16.08.2012, HC nº 199.619/SP, Relator Ministro OG FERNANDES, DJe de 27.08.2012; HC nº 225.568/ES, Relatora Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, DJe de 27.08.2012, HC 235182/ES, Relatora Ministra LAURITA VAZ, DJe de 01/08/2013, e, por último, HC 283296/SP, Relator Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, DJe 28.05.2014” (TJSP - Apelação Criminal nº 1501038-82.2023.8.26.0481, 4ª Câmara de Direito Criminal, Rel. Euvaldo Chaib, j. 30.09.2024).

No caso dos autos, o acusado tinha consigo **expressiva quantidade de entorpecentes**, de forma que a maior reprovabilidade de sua conduta deve ser considerada para fixação de seu regime prisional.

No mais, o tráfico de drogas é crime equiparado a hediondo e o acusado é reincidente, sendo plenamente justificado o regime ora imposto.

No tocante ao disposto no art. 387, §2º do Código de Processo Penal, determinando que o tempo da prisão provisória deva ser computado para fixação do regime inicial para o seu cumprimento, entendo não ser possível sua aplicação, eis que inviável a análise de requisitos subjetivos, conforme entendimento desta C. Corte:

Ementa: HOMICÍDIO – pena – base fixada no mínimo legal e reduzida corretamente na metade em razão do iter criminis percorrido. REGIME INICIAL – detração – consideração do tempo de prisão processual para fixação do regime inicial – art. 387, §2º, do CPP - impossibilidade de entender-se o dispositivo legal como progressão antecipada, visto ser **inviável a**

**análise dada a falta de elementos a respeito do cumprimento da prisão cautelar, devendo a questão ser melhor analisada em execução** – impossibilidade da progressão indireta – dispositivo legal que na verdade prevê desconto de pena processual da pena imposta para fins do art. 33, §2º, do CP - caso em tela em que o regime foi fixado com base no art. 33, §3º, do CP, onde não se leva em conta o quantum de pena imposta – improvimento. (Apelação nº 0016797-87.2012.8.26.0048; Relator: Lauro Mens de Mello; Atibaia; 8ª Câmara de Direito Criminal; Data de Julgamento: 07/05/2015).

No mais, incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos por falta de amparo legal, pois o *quantum* final da pena aplicada supera os 04 anos de reclusão.

No mais, sabemos que é **vedada** tal substituição, nos termos do art. 44, da Lei de Drogas, eis que se trata de crime equiparado a hediondo. Nesse sentido, é a jurisprudência:

“Crime hediondo - Entorpecente - Tráfico - Substituição da reprimenda privativa de liberdade por restritiva de direito - Inadmissibilidade - Incompatibilidade da Lei 9.714/98, direcionada aos pequenos delitos, oportunizando ao condenado uma chance de adequar-se ao meio social sem que, para isso, tenha de ser segregado, com a Lei 8.072/90, que visa tratar com maior severidade os apenados por delitos odiosos.” (TJRS) RT 771/688.

“Entorpecente - Tráfico - Substituição de reprimenda privativa de liberdade por restritiva de direitos - Inadmissibilidade - Incompatibilidade da Lei 9.714/98 com a Lei 8.072/90, que equiparou essa espécie de crime aos hediondos, punindo o traficante com maior severidade, inviabilizando, inclusive, a concessão de benefícios, como a liberdade provisória e a progressão de regime.” (TJAP) RT 772/617.

É bem verdade que o Senado Federal editou a

Resolução nº 05/2012, que dispõe:

“Art. 1º É suspensa a execução da expressão 'vedada a conversão em penas restritivas de direitos' do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal nos autos do Habeas Corpus nº 97.256/RS.”

No entanto, a decisão pela inconstitucionalidade do art. 44, da Lei nº 11.343/06, deu-se *incidenter tantum* pelo C. Supremo Tribunal Federal, em maioria apertada, e a Resolução foi editada com o intuito de expandir os limites subjetivos do *decisum*.

Não obstante, apesar da suspensão por inconstitucionalidade do contido no § 4º do art. 33, tem-se que o art. 44 da mesma lei continua em pleno vigor, o qual dispõe:

“Art. 44. Os crimes previstos nos arts. 33, *caput* e § 1º, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos.”

Além disso, o tratamento mais rigoroso estabelecido na Lei nº 11.343/06 é incompatível com a aplicação do referido benefício ou, ainda, do *sursis*, nos termos do art. 77, *caput*, do Código Penal.

Ante o exposto, por meu voto, **dou parcial provimento ao recurso Ministerial para condenar André Luís Lima da Silva à pena de 06 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e 600 dias-multa, no mínimo legal, como incurso no art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/2006.** Oportunamente, após o trânsito em julgado, expeça-se mandado de prisão em nome



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

de André Luís Lima da Silva. Mantém-se, no mais, a r. sentença, inclusive no que tange à absolvição do réu Eric Fernando Botelho Dias da imputação da prática do delito do artigo 16, § 1º, inciso IV, da Lei nº 10.826/03, com fundamento no art. 386, VII, do Código de Processo Penal.

Ely Amioka  
Relatora