



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000375298

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1502378-68.2020.8.26.0642, da Comarca de Ubatuba, em que são apelantes JULIANO GONÇALVES NEPOMUCENO e LUCAS PINHEIROS RODRIGUES DE BARROS, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 12ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **rejeitadas as matérias preliminares, deram parcial provimento aos recursos das Defesas para reduzir as penas de Lucas Pinheiro Rodrigues de Barros, que serão fixadas em cinco (05) anos de reclusão, mantido o regime inicial fechado, e pagamento de quinhentos (500) dias-multa, no valor unitário mínimo legal (nos termos do artigo 43 da lei 11.343/06), por infração ao artigo 33, “caput”, da lei no 11.343/06, e de Juliano Gonçalves Nepomuceno, que serão fixadas em um (01) ano e oito (08) meses de reclusão, no regime inicial aberto, e pagamento de cento e sessenta e seis (166) dias, no valor unitário mínimo legal (nos termos do artigo 43 da lei 11.343/06), por infração ao artigo 33, § 4º, da lei nº 11.343/2006, sendo sua pena privativa de liberdade substituída por uma pena restritiva de direitos e multa, consistente em prestação de serviços à comunidade, pelo mesmo prazo, cabendo ao juízo de execuções criminais especificar o local da prestação de serviços, e pagamento de 10 (dez) dias-multa, no valor unitário mínimo legal, nos termos do artigo 44, § 2º, do Código Penal, observando que esta última pena de multa deverá ser calculada nos termos do artigo 49 do Código Penal V.U., de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores VICO MAÑAS (Presidente) E NOGUEIRA NASCIMENTO.

São Paulo, 16 de abril de 2025.

HEITOR DONIZETE DE OLIVEIRA

Relator

Assinatura Eletrônica

Apelação Criminal nº 1502378-68.2020.8.26.0642

Apelante: Juliano Gonçalves Nepomuceno e outro

Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo

Comarca: Ubatuba

Nome do (a) Juiz (a) prolator(a) da sentença: MARTA ANDRÉA MATOS MARINHO

Voto nº 11609

1. Nulidade – Prova ilícita, em razão da busca pessoal irregular, sem fundada suspeita e em razão da violação de domicílio sem mandado judicial e, ainda, em razão da quebra de cadeia de custódia, uma vez que o auto de exibição e apreensão não apresenta números dos lacres das drogas – Não ocorrência – 2. Tráfico de drogas – Autoria demonstrada – Conjunto probatório satisfatório – Réu Lucas reincidente e acusado Juliano primário – Na primeira fase, as penas dos acusados foram fixadas nos mínimos legais – Mantidas – Na segunda fase, para o acusado Juliano, ausentes agravantes e presente a atenuante da confissão informal, quando dos fatos, aos policiais militares, porém, ela não pode reduzir as penas aquém dos mínimos legais (Súmula 231 do STJ) e, com relação ao réu Lucas, presente a agravante da reincidência e como ele confessou o tráfico aos policiais, quando dos fatos, entendo aplicável a atenuante da confissão espontânea, que fica compensada com a agravante da reincidência – Impossibilidade da aplicação do redutor do artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas, em razão da reincidência do réu Lucas – Substituição da pena privativa de liberdade para o acusado Lucas – Impossibilidade – Regime Prisional inicial fechado para o acusado Lucas mantido – Detração Penal – Impossibilidade – Aplicado o redutor do artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas no índice de dois terços (2/3) para o acusado Juliano, primário – Modificação do regime prisional para o aberto para o réu Juliano – Substituição da pena privativa de liberdade do réu Juliano por uma pena restritiva de direitos e multa, consoante Habeas Corpus 97.256/RS do Supremo Tribunal Federal – Detração Penal – Impossibilidade – Afastamento ou redução da pena de multa – Impossibilidade – RECURSO DAS DEFESAS PARCIALMENTE PROVIDO.

Através da respeitável sentença de folhas 549/555, **JULIANO GONÇALVES NEPOMUCENO**, qualificado nos autos, foi condenado a cumprir pena de cinco (05) anos de reclusão, fixado o regime inicial fechado, e ao pagamento

de quinhentos (500) dias-multa, no valor unitário mínimo legal, e **LUCAS PINHEIRO RODRIGUES DE BARROS**, qualificado nos autos, foi condenado a cumprir pena de cinco (05) anos e dez (10) meses de reclusão, fixado o regime inicial fechado, e ao pagamento de quinhentos e oitenta e três (583) dias-multa, no valor unitário mínimo legal, ambos por infração ao artigo 33, “caput”, da lei nº 11.343/06. Concedido aos réus o direito de recorrerem em liberdade.

Inconformado, o réu Juliano Gonçalves Nepomuceno recorre (folha 593), e sua Defesa, preliminarmente, requer a nulidade do processo, em razão da quebra de cadeia de custódia, pois no auto de exibição e apreensão não consta os lacres dos entorpecentes, em desrespeito a Resolução SSP-336 de 11/12/2008, além do laudo pericial de folhas 114/116 se referir a pessoa e entorpecente, estranhos aos autos. No mérito, requer a absolvição por insuficiência de provas, com fundamento no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal. Subsidiariamente, pleiteia o reconhecimento e aplicação do redutor previsto no artigo 33, § 4º, da lei nº 11.343/06, no índice de dois terços (2/3); a fixação do regime prisional inicial aberto; a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos e, por fim, a isenção da pena de multa, pois o réu possui três filhos, esposa e é o único provedor de sustento da família (folhas 560/569).

Inconformado, o réu Lucas Pinheiro Rodrigues de Barros recorre (folha 597), e sua Defesa, preliminarmente, requer a nulidade do processo, em razão da abordagem ilegal, realizada por policiais militares, em atividades típicas de investigação, ao averiguarem suposta denúncia anônima e da invasão domiciliar, sem mandado judicial, em desconformidade com o artigo 5º, inciso XI, da Constituição Federal. No mérito, busca a absolvição por insuficiência de provas, com fundamento no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal, uma vez que os depoimentos dos policiais são contraditórios. Subsidiariamente, pleiteia o reconhecimento e aplicação do redutor previsto no artigo 33, § 4º, da lei nº 11.343/06, no índice de dois terços (2/3), levando-se em conta que a condenação anterior, reconhecida como reincidência, atingiu o período depurador de cinco anos e deve ser afastada; a fixação do regime prisional inicial aberto; a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos ou “sursis” e, por fim, a detração penal (folhas 610/623).

Oferecidas as contrarrazões pelo Ministério Público (folhas 585/588 e 627/630), a d. Procuradoria de Justiça opina pelo improvimento dos recursos das Defesas (folhas 643/649).

É o relatório.

Quanto às preliminares suscitadas pelas Defesas, devem ser rejeitadas, pois não ocorreram as apontadas nulidades do processo.

Consta da denúncia (folhas 72/74) que: *“dia 3 de junho 2020, por volta das 09h45min, na Avenida Rio Grande do Sul, nº 87, Umuarama, nesta cidade e comarca de Ubatuba, Juliano Gonçalves Nepomuceno, qualificado às fls. 10, trazia consigo para fins de tráfico 56 eppendorfs de cocaína (110 g) e 140 porções de crack (40 g).*

Consta, ainda, no dia 3 de junho 2020, na Rua Sérgio Lucindo da Silva, nº 450, Estufa II, Lucas Pinheiro Rodrigues de Barros, qualificado às fls. 13, mantinha em depósito para fins de tráfico 132 eppendorfs de cocaína (240 g) e 500 porções de crack (130 g).

Segundo consta, policiais militares estavam em patrulhamento ostensivo quando receberam denúncias anônimas informando que um indivíduo magro, de cor parda, 1,70 m de altura, estaria a caminho de um ponto de venda de drogas na Favela Anchieta para abastecê-lo com entorpecentes que havia acabado de adquirir de um sujeito de prenome 'Lucas'.

Ao se dirigirem ao local, os milicianos se depararam com Juliano que, ao perceber a presença da polícia, tentou se evadir, porém acabou sendo detido no local.

Realizada a abordagem, foram apreendidos com Juliano 56 eppendorfs de cocaína e 140 porções de crack no bolso de sua camisa. Indagado, ele admitiu que adquiriu as drogas de Lucas.

Ato contínuo, a equipe se dirigiu à residência de Lucas, situada na Rua Sérgio Lucindo da Silva, nº 450, Estufa II, e, após ser franqueada a entrada,

apreendeu 132 eppendorfs de cocaína e 500 porções de crack no guarda-roupa de Lucas, bem como a quantia de R\$ 1.100,00 (mil e cem reais).

Diante do cenário, foi dada voz de prisão em flagrante ao denunciado.

A traficância restou evidenciada pelas circunstâncias da prisão dos denunciados (denúncia anônima de traficância no local), pela quantidade e variedade da droga apreendida, bem como pelo dinheiro sem comprovação de origem.”

Assim, havia “fundada suspeita” para os policiais militares procederem a abordagem dos apelantes, que ensejou a busca pessoal, levando ao encontro das drogas.

Inclusive, a abordagem pessoal dos réus se deu em razão dos policiais militares, que realizavam patrulhamento de rotina pela urbe, quando foram parados por populares que os informaram, de forma anônima, que um indivíduo, com determinadas características físicas e vestimentas, estaria no local dos fatos a caminho de uma conhecida "biqueira" da Favela Anchieta, para abastecê-la com drogas e que havia acabado de pegá-las com o réu Lucas Pinheiro Rodrigues de Barros, em sua casa, sendo que este seria o gerente da referida "biqueira". Os agentes públicos se dirigiram até o local indicado, lograram êxito em localizar o acusado Juliano Gonçalves Nepomuceno, com as mesmas características físicas e vestimentas apontadas na informação, que ao perceber a aproximação da viatura policial, saiu correndo, tentando escapar da abordagem, mas acabou sendo detido. Em revista pessoal, com acusado Juliano, localizaram no bolso de sua blusa cinquenta e seis (56) eppendorfs de “cocaína” e cento e quarenta (140) porções de “crack”. Indagado, disse que realmente estava com os entorpecentes e que havia pegado com o réu Lucas, em sua residência, para abastecer a “biqueira” da Favela Anchieta, onde Lucas seria o “gerente”. O acusado Juliano levou os policiais militares até a casa do réu Lucas, que estava em frente ao imóvel e, após ser informado do ocorrido, confirmou a versão do acusado Juliano e disse que havia mais drogas no

interior de sua residência, autorizando a entrada na moradia e apontou onde estariam as drogas. Os policiais, em seguida, localizaram na casa, no guarda-roupas, cento e trinta e dois (132) *eppendorfs* de “cocaína” e quinhentas (500) porções de “crack”, além da quantia de R\$ 1.100,00 (mil e cem reais). Indagado, o réu Lucas confirmou que havia pegado os entorpecentes com uma pessoa que conhece pelo apelido de “Zui”, o qual não foi localizado (folhas 06/07, 08 e 550).

Portanto, a atuação dos agentes policiais foi pautada em critérios de razoabilidade e proporcionalidade, pois, em tais circunstâncias, não se esperava outro comportamento dos policiais senão proceder a abordagem dos indivíduos que, como visto, foi lícita e confirmada pelas demais provas dos autos.

Não se desconhece que atuação dos policiais militares, como todo e qualquer agente público, deve ser pautado nos princípios da legalidade, proporcionalidade e razoabilidade.

Porém, no caso dos autos, não se vislumbra nenhuma ofensa a esses primados - legalidade, proporcionalidade e razoabilidade - na atuação dos policiais militares. Ao revés, verifica-se que a atuação dos agentes públicos foi legal, razoável e proporcional, que resultou no encontro das drogas (350,0 gramas de peso bruto de “cocaína” e 170,0 gramas de peso bruto de “crack”), situação que, obviamente, dispensa mandado judicial.

De resto, não se vislumbra qualquer ofensa aos artigos 240, § 2º, e 244, do Código de Processo Penal, pois, como visto, a atuação dos policiais militares foi lícita e justificada por elementos concretos de que os apelantes estavam praticando o espúrio comércio de drogas, situação que se confirmou no decorrer do devido processo legal, não havendo nulidade a ser reconhecida.

Os policiais militares foram firmes e ofereceram descrições uniformes e consistentes.

Justa causa para tanto houve. E está legitimada pelas circunstâncias do caso concreto.

Não há, portanto, qualquer ofensa aos artigos 240, § 2º, e 244, do

Código de Processo Penal, pois, como visto, a atuação dos policiais militares foi lícita e justificada.

Consigno, também, que não há nenhuma irregularidade na diligência policial apenas pela falta de mandado judicial de busca e apreensão para ingresso na residência, onde, em poder do réu Lucas Pinheiro Rodrigues de Barros foram apreendidos o “crack” e a “cocaína”, pois, a despeito de não estarem os policiais munidos de ordem judicial, eles receberam denúncia de populares, dando conta de que o réu Juliano Gonçalves Nepomuceno estaria a abastecer a “biqueira” da Favela Anchieta e teria pegado os entorpecente na casa do réu Lucas Pinheiro Rodrigues de Barros, que seria o “gerente daquela “biqueira”, quando abordaram os réus, Juliano Gonçalves Nepomuceno em poder de drogas e, após, Lucas Pinheiro Rodrigues de Barros, que admitiu, informalmente, que possuía entorpecentes em sua casa e **autorizou a entrada** dos policiais no imóvel **(folhas 06/07, 08 e 550)**.

Não há ilegalidade, nesse contexto: em que havia prévia suspeita envolvendo os acusados, em razão de denúncia de populares, que dava conta do tráfico de drogas realizado pelos réus. Na residência do acusado Lucas Pinheiro Rodrigues de Barros foram apreendidos “crack” e “cocaína” no guarda-roupas.

Por fim, com relação a alegada nulidade em razão da quebra de cadeia de custódia, diante da ausência de numeração dos lacres das drogas no auto de exibição e apreensão de folha 09 e a juntada do laudo pericial de folhas 114/116, já que este não se refere ao presente processo, não há que ser reconhecida.

Em que pese no auto de exibição e apreensão não ter constado o lacre dos entorpecentes, constou ali, além da data, Delegacia, a quantidade e natureza dos entorpecentes apreendidos, como sendo as mesmas constantes no laudo de exame químico toxicológico definitivo de folhas 161/163, que ratificou os resultados apresentados quando da realização do exame de constatação químico-toxicológico 218.392/2020, que foi retificado no laudo pericial de folhas 158/160, 165/167 e 169/171. Os exames em questão relacionam-se com a

ocorrência registrada sob o BO - 1618/2020 de folhas 02/5; tendo como pessoa envolvida: Lucas Pinheiro Rodrigues Barros e requisição de IC – substância entorpecente de folha 21. No auto de exibição e apreensão de folha 09 constam, inclusive, os mesmos policiais militares como testemunha e exibidor, constantes no boletim de ocorrência de folhas 02/05.

E como bem salientou o d. Promotor de Justiça oficiante na folha 586: *“Além disso, a falta de indicação do número de lacre no auto de exibição e apreensão não prejudicou a correta identificação da procedência do entorpecente por parte do núcleo de perícias, pois foi explicitada a referência ao Boletim de Ocorrência de origem (nº 1618/2020, cf. retificado pelo laudo 165/7) e ao nome do corréu Lucas Pinheiro Rodrigues Barros, não havendo qualquer dúvida, portanto, que as drogas examinadas nos laudos supramencionados são aquelas apreendidas em poder do apelante e do corréu Lucas.”*.

Com relação ao documento de folhas 114/116 ter sido juntado por equívoco, não obstante, os laudos periciais alusivos a este feito foram juntados corretamente nas folhas 161/163 (complementar e definitivo), 165/167 e 169/171.

Assim, não há nenhuma nulidade a ser reconhecida no caso presente, pelo que fica afastada a alegação de ilicitude das provas.

Afastadas as prejudiciais obstativas, adentra-se na análise do mérito, consubstanciado nos elementos de convicção trazidos para os autos.

No mérito, a materialidade delitiva está demonstrada pelo auto de prisão em flagrante (folhas 01 – 06/08 – 10/15 e 65/68), boletim de ocorrência (folhas 02/05), auto de exibição e apreensão (folha 09), auto de constatação (folha 16), laudos do exame químico-toxicológico definitivos (folhas 158/160, 161/163, 165/167 e 169/171) e pela prova oral colhida nos autos.

A autoria também é certa, conforme demonstrado a seguir.

Conforme constou da sentença (folhas 550/551), foram ouvidos em juízo os policiais militares Antônio Carlos dos Santos Júnior e Paulo Henrique

Brisolla Marques. Além disso, foram interrogados os réus Juliano Gonçalves Nepomuceno e Lucas Pinheiro Rodrigues de Barros.

O policial militar **Antônio Carlos dos Santos Júnior**, em juízo (folha 550), disse que: *“estavam em patrulhamento e receberam denúncia de transeuntes (moradores), relatando que JULIANO levaria uma certa quantidade de entorpecentes ao bairro Anchieta, para fins de tráfico. Diante dos fatos e das características do réu, conseguiram identificá-lo próximo ao bairro. Quando JULIANO avistou a viatura, tentou dispensar as drogas que estavam em uma sacola (56 porções de cocaína e 140 porções de crack), mas conseguiram detê-lo. Informalmente, JULIANO disse que recebia uma quantia de R\$ 50,00 para realizar o transporte de entorpecentes e que a droga foi fornecida por LUCAS, que mora no bairro Estufa II. Se deslocaram até a residência de LUCAS e o encontraram, este que tentou se evadir, mas sem êxito. LUCAS disse que estava gerenciando o bairro Anchieta e em sua residência localizaram muitos entorpecentes.”*.

O policial militar **Paulo Henrique Brisolla Marques**, em Juízo (folha 550), disse que: *“houve denúncia anônima de mercancia de drogas, sendo repassadas as características de JULIANO. No ato da abordagem, foram localizadas as drogas apreendidas com o réu. Na abordagem policial, JULIANO disse que havia adquirido os entorpecentes de LUCAS. Seguiram para a residência deste e lá encontraram mais drogas na residência deste.”*.

Não há motivo para que se receba com reservas as palavras dos policiais militares, inclusive porque não se vislumbra nos autos nenhum indício de interesse por parte deles em incriminar um inocente.

Neste sentido, é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

"Ressalte-se, ademais, que os policiais não se encontram legalmente impedidos de depor sobre atos de ofício nos processos de cuja fase investigatória tenham participado, no exercício de suas funções. Assim, tais depoimentos revestem-se de inquestionável eficácia probatória, sobretudo quando prestados em juízo, sob a garantia do contraditório" (STJ: Habeas Corpus nº 149540/SP, rel. Min. LAURITA VAZ, DJe 04.05.2011).

Interrogado o réu **Juliano Gonçalves Nepomuceno**, em juízo (folhas 550/551), declarou que: *“os fatos narrados na denúncia são falsos. Disse que estava trabalhando e estava indo pegar um dinheiro, quando foi abordado pelos policiais, que disseram haver uma denúncia contra ele. Disse que foi levado pelos policiais até a residência do bairro Estufa e após em uma outra residência. Disse que as drogas não estavam com ele e nem sabe de sua origem. Disse que é operador de escavadeira e não é mais usuário de drogas ilícitas. Disse que não conhece LUCAS, nunca o viu, e nunca adquiriu entorpecentes deste. Disse que só viu as drogas na delegacia, quando foram apresentadas pelos policiais a ocorrência.”*

Interrogado o réu **Lucas Pinheiro Rodrigues de Barros**, em juízo (folha 551), declarou que: *“os fatos narrados na denúncia são falsos. Disse que estava em casa e que sua mãe é acamada. Os policiais chegaram e foi avisado pelas suas familiares. Foi ao quintal e os policiais não tiveram autorização para ingressar na residência, porém disseram que o levariam preso. Disse que não entenderam o que os policiais disseram. Disse que nunca viu JULIANO. Disse que os policiais foram em outra casa, na qual ficaram por cerca de 30 minutos. Disse que em sua casa não havia drogas e não sabe a origem dessas drogas. Disse que há muitos equívocos no boletim de ocorrência.”*

Diante deste quadro, a condenação será mantida. Em que pese a negativa dos réus em juízo, a autoria restou bem demonstrada pelos depoimentos dos policiais militares em Juízo (folha 550), ao relatarem que, durante o patrulhamento de rotina pela urbe, receberam denúncia de populares, dando conta de que o acusado Juliano levaria drogas ao bairro Anchieta, para venda ilícita. Os policiais, em poder das características físicas e vestimentas do acusado Juliano, localizaram-no próximo ao bairro, que ao perceber a presença da viatura policial, tentou dispensar os entorpecentes, que estavam em uma sacola. O réu Juliano, abordado, disse que iria ganhar a quantia de R\$ 50,00 para realizar o transporte das drogas, as quais foram fornecidas pelo acusado Lucas, que mora no bairro Estufa II, que, posteriormente, foi localizado e tentou se evadir, mas foi abordado. O réu Lucas disse aos policiais que estava gerenciando o bairro Anchieta e em sua residência

foram localizados entorpecentes.

Foram apreendidos 110,0 gramas de peso bruto de “cocaína”, dispostos em cinquenta e seis (56) *eppendorfs*; 40,0 gramas de peso bruto de “crack”, dispostos em cento e quarenta (140) pedras; 240,0 gramas de peso bruto de “cocaína”, dispostos em cento e trinta e dois (132) *eppendorfs* e 130,0 gramas de peso bruto de “crack”, dispostos em quinhentas (500) pedras (auto de exibição e apreensão de folha 09, auto de constatação de folha 16 e laudos do exame químico toxicológico definitivos de folhas 158/160, 161/163, 165/167 e 169/171).

As palavras dos policiais militares foram uníssonas, seguras, coerentes e convincentes, não havendo nenhum motivo para duvidar deles, inclusive, não há qualquer elemento nos autos que demonstre uma eventual “perseguição”, bem como o interesse dos agentes públicos de imputarem falsamente aos apelantes a prática criminosa.

Verificando as inúmeras ocorrências que os policiais militares realizam, mostra-se compreensível que, passados mais de quatro anos da data dos fatos, não prestem depoimento de maneira idêntica ao depoimento anterior ou se recordem de todos os detalhes da abordagem. Ademais, pequenas contradições ou divergências nos depoimentos das testemunhas, que não afetam a apuração da verdade, devem ser considerados como fruto da observação de cada uma, e, ao contrário dos absolutamente idênticos, não geram suspeitas ou dúvidas.

Portanto, as circunstâncias em que ocorreu a apreensão das substâncias entorpecentes materialmente comprovada nos autos, corroboradas pelos depoimentos altamente comprometedores dos policiais militares, demonstram, de modo inequívoco, que Juliano Gonçalves Nepomuceno, trazia consigo, ilegalmente, a “cocaína” e o “crack” e Lucas Pinheiro Rodrigues de Barros, mantinha em depósito, ilegalmente, a “cocaína” e o “crack”. Suas condutas comprovam e caracterizam de forma inequívoca o tráfico de drogas. Não se exige, para tanto, que haja prova concreta da mercancia, sendo suficiente a presença de elementos dos quais se possam inferir a sua ocorrência.

Em outras palavras, o tráfico ficou bem provado e configurado. Enfim, como destacado na denúncia e acolhido na sentença, traziam consigo e mantinham em depósito, ilegalmente, as drogas mencionadas e isso basta para reconhecer a traficância.

Nesse contexto, entendo haver prova mais do que suficiente para a manutenção do édito de rigor, não havendo se falar em insuficiência probatória e em desclassificação para mera posse de droga para uso próprio, pois, inclusive, o réu Juliano, quando de sua abordagem policial, admitiu, informalmente, que estava a transportar as drogas fornecidas pelo acusado Lucas, enquanto o réu Lucas, quando de sua abordagem policial, admitiu, informalmente, que estava gerenciando a “biqueira” no bairro Anchieta (folha 550).

As circunstâncias da prisão, bem como a quantidade das drogas apreendidas indicam que se destinavam ao comércio (repasse a terceiros) e não ao consumo.

Diante deste quadro, a condenação deve ser mantida.

Passo à análise das penas.

Para o réu Lucas Pinheiro Rodrigues de Barros:

Na primeira fase do artigo 68 do Código Penal, considerando o critério do artigo 59 do Código Penal, a MM. Juíza Sentenciante fixou as penas básicas nos mínimos legais, no importe de cinco (05) anos de reclusão e pagamento de quinhentos (500) dias-multa, no valor unitário mínimo legal.

Na segunda fase, MM. Juíza Sentenciante reconheceu a agravante da reincidência (certidão de folhas 30/32 e 498/500 – processo número 0003017-05.2016.8.26.0642 e execução número 0001528-71.2017.8.26.0520 – Ubatuba – tráfico de drogas – trânsito em julgado para Defesa ocorrido em 16/11/2017 e extinta a pena pelo cumprimento em 26/06/2023) e como o réu Lucas confessou, informalmente, aos policiais militares, quando de sua abordagem, que estava a traficar drogas (folha 550), entendo aplicável a circunstância atenuante da confissão espontânea, que deve ser compensada com a agravante da reincidência, de

forma que as penas são mantidas assim como fixadas na primeira fase da dosimetria, ou seja, cinco (05) anos de reclusão e pagamento de quinhentos (500) dias-multa, no valor unitário mínimo legal.

Ressalta-se que a condenação anterior, com trânsito em julgado para Defesa em **16/11/2017**, mencionada na certidão de folhas 30/32 e 498/500, encontra-se dentro do prazo quinquenal, levando-se em conta a data dos presentes fatos (**03/06/2020**).

Já na terceira e última fase da dosimetria penal, a ilustre Juíza *a quo* entendeu por bem afastar o redutor previsto no § 4º, do artigo 33, da lei nº 11.343/2006, em razão da reincidência apontada (certidão de folhas 30/32 e 498/500), da natureza e expressiva quantidade de drogas. Segundo posicionamento pacífico do STJ: a aplicação da causa especial de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas exige o preenchimento de quatro requisitos cumulativos, quais sejam, primariedade, bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas ou integrar organização criminosa. STJ. 5ª Turma. HC 355.593/MS, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 25/8/2016.

Ressalta-se que a quantidade das drogas (520,0 gramas de peso bruto) não é exagerada e a natureza danosa já está inserida no tipo penal do narcotráfico.

De acordo com a recente jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, não é possível utilizar a quantidade de drogas para impedir a aplicação do redutor do artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas, tendo em vista que essa mesma circunstância preponderante (artigo 42 da Lei 11.343/2006) deve ser utilizada, se o caso, na primeira fase de aplicação da pena. Além disso, a quantidade de drogas apreendidas, por si só, não permite presumir a dedicação a atividades criminosas. Neste sentido:

“AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS.
TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA.
MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI N.
11.343/2006. AFASTAMENTO EM RAZÃO DA

QUANTIDADE E DA NATUREZA DO
ENTORPECENTE APREENDIDO.
CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.
AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. No julgamento do REsp n. 1.887.511/SP, de relatoria do Ministro João Otávio de Noronha, concluiu a Terceira Seção desta Corte Superior que a quantidade de substância entorpecente e a sua natureza hão de ser consideradas na fixação da pena-base, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, não sendo, portanto, pressuposto para a incidência da causa especial de diminuição de pena descrita no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.(...)” (STJ: AgRg no HC 904495/MS, julgado em 27/05/2024);

“(…)4. Ainda, acerca do tema, a Terceira Seção desta Corte, no julgamento do REsp n. 1.887.511/SP (relator Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Terceira Seção, julgado em 9/6/2021, DJe de 1º/7/2021), definiu que a quantidade de substância entorpecente e a sua natureza hão de ser consideradas na fixação da pena-base, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, não sendo, portanto, pressuposto para a incidência da causa especial de diminuição de pena descrita no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

5. O referido colegiado, posteriormente, aperfeiçoou o entendimento exarado no julgamento do mencionado Recurso Especial n. 1.887.511/SP, passando a adotar o posicionamento de que a quantidade e a natureza da droga apreendida podem servir de fundamento para a majoração da pena-base ou para a modulação da fração da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, desde que, neste último caso, não tenha sido utilizada na primeira fase da dosimetria (HC n.

725.534/SP, relator o Dantas, Terceira Seção, julgado em 27/4/2022, DJe de 1º/6/2022).(…)” (STJ: AgRg no HC 859826/RS, julgado em 20/05/2024).

Assim, as sanções de **Lucas Pinheiro Rodrigues de Barros** são finalizadas em 5 (cinco) anos de reclusão e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, no valor unitário mínimo legal.

Ante a pena fixada e a presença da reincidência, o regime prisional será o **fechado**, nos termos do artigo 33, §3º, do Código Penal, restando incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (artigo 44, inciso I, do Código Penal) ou o “sursis”.

Não será aplicada a detração penal prevista no artigo 387, § 2º, do Código de Processo Penal. Verifico que o réu Lucas Pinheiro Rodrigues de Barros permaneceu preso preventivamente de 03 de junho de 2020 a 22 de julho de 2021, quando foi beneficiado com a liberdade provisória (*habeas Corpus* número 2114615-37.2021.8.26.0000 de folhas 346/347), tendo sido cumprido o alvará de soltura (folhas 355/357), portanto, ainda que descontado o tempo de prisão cautelar cumprido, ante a pena aplicada, o regime prisional ainda assim será o fechado.

Para Juliano Gonçalves Nepomuceno:

Na primeira fase do artigo 68 do Código Penal, considerando o critério do artigo 59 do Código Penal, a Juíza Sentenciante fixou as penas básicas nos mínimos legais, no importe de cinco (05) anos de reclusão e pagamento de quinhentos (500) dias-multa, no valor unitário mínimo legal. Ressalta-se, ainda, que o réu é primário (folha certidão de folhas 22/23 e 496/497).

Na segunda fase, ausentes agravantes a serem consideradas e como o acusado Juliano, quando de sua abordagem, confessou, informalmente, aos policiais militares que estava a transportar as drogas para fins de comercialização (folha 550), entendo aplicável a circunstância atenuante da confissão espontânea; entretanto, como a pena-base foi fixada no piso mínimo e por ter incidência o teor da Súmula 231 do Colendo Superior Tribunal de Justiça, resta mantida a pena de cinco (05) anos de reclusão e pagamento de quinhentos (500) dias-multa, no valor unitário

mínimo legal.

Na terceira fase, ausentes causas especiais de diminuição de pena; contudo, a ilustre Juíza *a quo* entendeu por bem não aplicar o redutor previsto no § 4º, do artigo 33, da Lei nº 11.343/2006, sob a justificativa de folhas 552 e 553: “*ante a natureza e a expressiva quantidade de entorpecentes encontrados em seu poder (132 porções de cocaína, de 240 gramas, e 500 porções de crack, de 130 gramas), demonstrando que se dedica a atividades criminosas, não preenchendo assim os requisitos objetos da benesse legal.*”. Ocorre que o réu é primário (certidão de folhas 22/23 e 496/497) e não há comprovação segura nos autos de que se dedique a atividades criminosas ou que integre organização criminosa.

Ressalta-se que a quantidade das drogas (520,0 gramas de peso bruto) não é exagerada e a natureza danosa já está inserida no tipo penal do narcotráfico.

De acordo com a recente jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, não é possível utilizar a quantidade de drogas para impedir a aplicação do redutor do artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas, tendo em vista que essa mesma circunstância preponderante (artigo 42 da Lei 11.343/2006) deve ser utilizada, se o caso, na primeira fase de aplicação da pena. Além disso, a quantidade de drogas apreendidas, por si só, não permite presumir a dedicação a atividades criminosas. Neste sentido:

“AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS.
TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA.
MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI N.
11.343/2006. AFASTAMENTO EM RAZÃO DA
QUANTIDADE E DA NATUREZA DO
ENTORPECENTE APREENDIDO.
CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.
AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. No julgamento do REsp n. 1.887.511/SP, de relatoria do Ministro João Otávio de Noronha, concluiu a Terceira Seção desta Corte Superior que a quantidade de substância entorpecente e a sua

natureza hão de ser consideradas na fixação da pena-base, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, não sendo, portanto, pressuposto para a incidência da causa especial de diminuição de pena descrita no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.(...)” (STJ: AgRg no HC 904495/MS, julgado em 27/05/2024);

“(...)4. Ainda, acerca do tema, a Terceira Seção desta Corte, no julgamento do REsp n. 1.887.511/SP (relator Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Terceira Seção, julgado em 9/6/2021, DJe de 1º/7/2021), definiu que a quantidade de substância entorpecente e a sua natureza hão de ser consideradas na fixação da pena-base, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, não sendo, portanto, pressuposto para a incidência da causa especial de diminuição de pena descrita no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

5. O referido colegiado, posteriormente, aperfeiçoou o entendimento exarado no julgamento do mencionado Recurso Especial n. 1.887.511/SP, passando a adotar o posicionamento de que a quantidade e a natureza da droga apreendida podem servir de fundamento para a majoração da pena-base ou para a modulação da fração da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, desde que, neste último caso, não tenha sido utilizada na primeira fase da dosimetria (HC n. 725.534/SP, relator o Dantas, Terceira Seção, julgado em 27/4/2022, DJe de 1º/6/2022).(...)” (STJ: AgRg no HC 859826/RS, julgado em 20/05/2024).

Desse modo, é possível aplicar o redutor em seu grau máximo, na fração de dois terços (2/3), visto que não há circunstâncias negativas ou qualquer outra peculiaridade no caso concreto que justifique uma redução menor das penas. Assim sendo, a pena do acusado **Juliano Gonçalves Nepomuceno** deve ser reduzida

e finalizada em **um (01) ano e oito (08) meses de reclusão e pagamento de cento e sessenta e seis (166) dias-multa.**

Ante a pena fixada e as circunstâncias judiciais favoráveis ao réu Juliano, cabível fixar o regime **aberto**, nos termos do artigo 33, § 2º, "c", do Código Penal. A gravidade abstrata do delito não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo, entendimento que está em consonância com as Súmulas 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal. Além disso, a Suprema Corte, em julgamento do ARE 1.052.700/MG, com repercussão geral, reafirmou o entendimento julgado de forma incidental pelo Plenário, no julgamento do HC 111.840/ES, de que é inconstitucional o artigo 2º, § 1º, da lei 8.072/1990, conforme ementa que segue:

"EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. CONSTITUCIONAL. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME INICIAL. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 2º, § 1º, da LEI 8.072/1990. REAFIRMAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. 1. É inconstitucional a fixação *ex lege*, com base no art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/1990, do regime inicial fechado, devendo o julgador, quando da condenação, ater-se aos parâmetros previstos no artigo 33 do Código Penal."

A fixação de regime fechado ou semiaberto, no caso concreto, fere o princípio da proporcionalidade e da razoabilidade, beirando a injustiça o fato de um réu primário, condenado à pena de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, ser submetido a um regime mais gravoso de cumprimento da reprimenda, salientando-se a regra disposta no artigo 33, § 2º, do Código Penal. Observo que a quantidade e natureza da droga, no caso dos autos, não são relevantes o suficiente para impedir a fixação do regime prisional mais brando.

Consigno que é possível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, visto que a Resolução nº 5 do Senado, publicada em 16 de fevereiro de 2012, com efeito *erga omnes*, suspendeu a execução da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos", inserida no § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/06, consagrando o princípio constitucional da individualização da pena.

Desse modo, cabe ao Julgador verificar a possibilidade de aplicação das penas restritivas de direitos, nos termos do artigo 44 e seguintes do

Código Penal.

Tendo em vista as condições pessoais do acusado Juliano, que é primário e que foi beneficiado com o redutor do § 4º do artigo 33 da Lei de Drogas em seu grau máximo, e consoante entendimento esposado pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal no paradigmático *Habeas Corpus* nº 97.256/RS, de fato é viável a substituição das penas privativas de liberdade por restritivas de direitos.

Assim, a pena privativa de liberdade será substituída por **uma pena restritiva de direitos e multa**, consoante o disposto no artigo 44, § 2º, do Código Penal, com a prestação de serviços à comunidade pelo prazo da pena substituída, e o pagamento de 10 (dez) dias-multa **nos termos do artigo 49 do Código Penal**, cabendo ao juízo de execuções criminais especificar o local da prestação de serviços.

Por fim, não há como se afastar ou reduzir a pena pecuniária estabelecida, que é de imposição obrigatória, sendo que eventual impossibilidade do pagamento deverá ser noticiada à autoridade estatal competente para a cobrança, no momento processual adequado.

Anoto que o montante de dias-multa, estipulado entre 500 e 1.500 dias-multa, decorre justamente da opção legislativa de punir mais severamente aquele que busca o lucro fácil com a comercialização de drogas. Tal opção tem sua gênese no próprio texto constitucional, que prevê tratamento severo ao crime de tráfico de drogas (artigo 5º, inciso XLIII, da CRFB).

Desta forma, não é possível a diminuição da pena pecuniária porque não há previsão legal, tendo em conta que as penas corpórea e de multa são cumulativas e previstas no preceito secundário do tipo penal.

O Poder Judiciário não tem competência para perdoar infratores no que tange às sanções penais cominadas nos tipos incriminadores. Não existe inconstitucionalidade na pena de multa da lei nº 11.343/2006, sendo que seu pagamento poderá ser parcelado e eventual inadimplemento não restringe a liberdade do condenado, na atualidade. Eventual dificuldade de seu pagamento deverá ser apreciada em fase de execução, diante de comprovação perante o juízo competente.

Deste modo, mantenho a pena de multa aplicada.

Ante o exposto, **rejeitadas as matérias preliminares, dá-se parcial provimento aos recursos das Defesas** para reduzir as penas de **Lucas Pinheiro Rodrigues de Barros**, que serão fixadas em **cinco (05) anos de reclusão, mantido o regime inicial fechado, e pagamento de quinhentos (500) dias-multa, no valor unitário mínimo legal (nos termos do artigo 43 da lei 11.343/06)**, por infração ao artigo 33, “caput”, da lei no 11.343/06, e de **Juliano Gonçalves Nepomuceno**, que serão fixadas em **um (01) ano e oito (08) meses de reclusão, no regime inicial aberto, e pagamento de cento e sessenta e seis (166) dias, no valor unitário mínimo legal (nos termos do artigo 43 da lei 11.343/06)**, por infração ao artigo 33, § 4º, da lei nº 11.343/2006, sendo sua pena privativa de liberdade substituída por **uma pena restritiva de direitos e multa**, consistente em prestação de serviços à comunidade, pelo mesmo prazo, cabendo ao juízo de execuções criminais especificar o local da prestação de serviços, e pagamento de 10 (dez) dias-multa, no valor unitário mínimo legal, nos termos do artigo 44, § 2º, do Código Penal, **observando que esta última pena de multa deverá ser calculada nos termos do artigo 49 do Código Penal.**

HEITOR DONIZETE DE OLIVEIRA
Relator