



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000359525

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1500010-26.2022.8.26.0607, da Comarca de Tabapuã, em que são apelantes ALAX SAMUEL ESKILDESEN FERNANDES e MATHEUS ALEXSANDRO ESKILDESEN, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 3ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **negaram provimento ao recurso de Alax Samuel Eskildesen Fernandes e deram parcial provimento ao apelo de Matheus Alexsandro Eskildesen, readequando-se a respectiva reprimenda para 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, mantendo-se, no mais, a r. sentença, por seus próprios e jurídicos fundamentos. v.u.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUIZ ANTONIO CARDOSO (Presidente) E AIRTON VIEIRA.

São Paulo, 11 de abril de 2025.

FREDDY LOURENÇO RUIZ COSTA

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

VOTO Nº 9596

Órgão Julgador: 03ª Câmara de Direito Criminal

Apelação nº 1500010-26.2022.8.26.0607

Apelantes: Alax Samuel Eskildesen Fernandes e Matheus Alexsandro Eskildesen

Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo

Comarca: Tabapuã

Apelação Criminal. Tráfico de drogas (Art. 33, caput, da Lei nº 11.343/06). Sentença condenatória. Nulidade não configurada. Preliminar rejeitada. Pretensão à absolvição e desclassificação. Impossibilidade. Materialidade e autoria comprovadas. Depoimentos testemunhais em harmonia com o conjunto probatório. Condenações mantidas. Dosimetria. Particularidades do caso concreto que justificam a fixação das penas-base acima do mínimo legal, para ambos os réus (natureza e quantidade das drogas). Ausência de elementos a propiciar a valoração da personalidade do réu Matheus, primário. Readequação da fração aplicada (redução para 1/6). Inviabilidade do redutor previsto no art. 33, §4º da Lei nº 11.343/06. Regime inicial fechado mantido para ambos os sentenciados. Recurso de Alax improvido e parcialmente provido o apelo de Matheus.

Trata-se de recursos de apelação interpostos por Alax Samuel Eskildesen Fernandes e Matheus Alexsandro Eskildesen contra a r. sentença (fls. 190/204) que julgou procedente a pretensão punitiva estatal, para condená-los como incurso no art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/2006, ao cumprimento das penas, respectivamente, de 05 (cinco) anos de reclusão, no regime inicial fechado, e 500 (quinhentos) dias-multa, fixados no mínimo legal, e 06 (seis) anos de reclusão, no regime inicial fechado, e 600 (seiscentos) dias-multa, no mínimo legal.

O réu Matheus, em suas razões recursais (fls. 218/231), suscitou ilicitude das provas encartadas aos autos, pela nulidade da busca pessoal. No mérito, requereu a desclassificação da conduta para o delito previsto no art. 28 da Lei de Drogas. Pleiteou a fixação da pena-base no mínimo legal, bem como a incidência do redutor no art. 33, §4º da Lei nº 11.343/06.

O réu Alax, em suas razões (fls. 293/247), requereu a absolvição, por insuficiência probatória e, subsidiariamente, a desclassificação do delito para o de porte de drogas para consumo pessoal. Pugnou pela fixação da pena-base no mínimo legal e a aplicação do privilégio.

Regularmente processados os recursos interpostos e ofertadas as contrarrazões (fls. 257/268), a douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo desprovimento dos apelos (fls. 294/307).

É o relatório.

Conforme se depreende dos autos, Alax Samuel Eskildesen Fernandes e Matheus Alexsandro Eskildesen foram processados como incursos no art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06, pois, como consta na denúncia, no dia 18 de dezembro de 2021, por volta de 15h50, na Rodovia Vicinal Vicente Sanches, Município de Catiguá, traziam consigo 27 (vinte e sete) porções de cocaína, com peso líquido de 7,98g (cf. auto de exibição apreensão de fl. 09 e exame químico-toxicológico de fls. 15/17), para fins de tráfico, em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Segundo consta dos autos, os primos MATHEUS e ALAX, ambos residentes no Município de Catiguá, conhecidos dos meios policiais pela prática do tráfico de drogas, foram até o Município de Catanduva na motocicleta Yamaha/Neo, azul, ano 2008, placas EJN4H52/Itajobi, conduzida pelo segundo, com intuito de adquirirem drogas para, posteriormente, revendê-las em Catiguá.

Em Catanduva, os denunciados compraram 27 (vinte e sete) porções de cocaína e rumaram de volta a Catiguá, trazendo ALAX 07 (sete) porções em sua carteira e MATHEUS as outras 20 porções no interior de uma meia de cor cinza.

Quando trafegaram na Rodovia acima mencionada, policiais militares os visualizaram e, por saberem do envolvimento de ambos com o tráfico de drogas, os agentes decidiram abordá-los.

Assim que deram ordem de parada aos denunciados, o ocupante da garupa MATHEUS dispensou a meia contendo as 20 (vinte) porções de cocaína. Abordados mais à frente, ALAX já disse aos policiais que trazia consigo 7 (sete) porções de cocaína e questionado sobre o que havia dispensado, MATHEUS afirmou

que se tratava de droga, a qual foi posteriormente localizada pelos policiais.

Ouvidos, MATHEUS e ALAX afirmaram que a droga se destinava ao seu próprio consumo (fls. 12 e 13, respectivamente).

Após o regular trâmite da ação penal, adveio a r. sentença condenatória, contra a qual se insurgem ambos os réus, por meio dos presentes recursos.

Inicialmente, mister apreciar a nulidade arguida pela combativa Defesa, que não merece acolhimento.

Não se verifica qualquer infringência ao disposto no artigo 244 do Código de Processo Penal, devendo ser afastada a suscitada ilegalidade das provas obtidas.

Como narrado pelos policiais militares (fls. 139 – mídia audiovisual), o local dos fatos é conhecido na região como “ponto de tráfico de drogas”, tendo a abordagem decorrido da conduta anormal do réu que, ao perceber a presença dos agentes de segurança, arremessou uma sacola para o interior de um imóvel, por cima do muro.

Sem olvidar que a função desempenhada pelos policiais militares compreende não só a prevenção ao cometimento de delitos, como também a imediata repressão à criminalidade, extrai-se que a abordagem e a busca realizadas pelos agentes de segurança foram motivadas por fundada suspeita de que o recorrente se encontrava na posse de objetos ilícitos.

Como já consignado por este E. Tribunal: *“Entender que as circunstâncias acima descritas não ensejam a 'fundada suspeita' prevista no artigo 240, § 2º, e artigo 244, ambos do Código de Processo Penal, significaria impor, em última análise, obstáculo desarrazoado à atividade da polícia ostensiva e estimular a impunidade, de modo que a atuação dos policiais se encontra revestida de legalidade”*. (TJSP, Apel. Crim. nº 1500219-89.2022.8.26.0608, Des. Relator: Juscelino Batista, Data do Julgamento: 22/09/2023).

Na hipótese *sub judice*, a busca pessoal não foi lastreada apenas em conjecturas vagas, posto que os réus – já conhecidos nos meios policiais pelo comércio de drogas – ao avistarem os agentes, na rodovia, aceleraram a motocicleta, circunstâncias concretas que assim preenchem o *standard* probatório de “fundada

suspeita" exigido pelo artigo 244 Código de Processo Penal.

A esse respeito, destaca-se que *"Havendo fundada suspeita de que o paciente estava na posse de objetos ilícitos, não há que se falar em nulidade da busca pessoal realizada. Precedente"* (STJ, HC 552.395/SP, Órgão Julgador: 5ª Turma, Rel. Ministro Jorge Mussi, DJe 05/03/2020).

Ainda, no mesmo sentido:

DIREITO PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. BUSCA PESSOAL E VEICULAR. FUNDADA SUSPEITA. LEGALIDADE DA ABORDAGEM. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

I. Caso em exame¹. Agravo regimental em habeas corpus interposto contra decisão que denegou a ordem, mantendo a condenação do paciente por tráfico de drogas, com base em busca pessoal e veicular realizadas por policiais militares.

2. O paciente foi abordado em rodovia após demonstrar nervosismo ao avistar a viatura policial, o que motivou a busca veicular.

3. O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo deu parcial provimento à apelação da defesa para reduzir a pena, mantendo a condenação por tráfico de drogas.

II. Questão em discussão⁴. A questão em discussão consiste em saber se a busca pessoal e veicular realizada pela polícia, sem mandado judicial, foi legal e justificada por fundada suspeita.

III. Razões de decidir⁵. A abordagem policial foi considerada legal, pois foi motivada por fundada suspeita decorrente do comportamento nervoso do paciente ao avistar a viatura.

6. A busca veicular foi justificada pela necessidade de proteção dos bens jurídicos envolvidos e pela prevenção do transporte ilegal de substâncias entorpecentes.

7. Não se verificou qualquer ilegalidade ou abuso de poder na atuação dos policiais, que agiram dentro dos limites da legalidade, proporcionalidade e razoabilidade.

IV. Dispositivo e tese⁸. Agravo regimental desprovido.

Tese de julgamento: '1. As buscas pessoal e veicular sem mandado judicial são lícitas quando há fundada suspeita justificada por elementos concretos. 2. A atuação policial deve observar os princípios da legalidade, proporcionalidade e razoabilidade, sendo válida quando amparada por circunstâncias do caso concreto'.

Dispositivos relevantes citados: CPP, arts. 240, § 2º, e 244.

Jurisprudência relevante citada: STJ, AgRg no RHC 187.927/GO, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 17.10.2023; STJ, AgRg no HC 895.138/SP, Rel. Min. Messod Azulay Neto, Quinta Turma, julgado em 10.06.2024; STJ, AgRg no HC 723.390/SC, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 07.06.2022.

(AgRg no HC n. 954.693/SP, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 12/2/2025, DJEN de 25/2/2025.)

Ademais, a dinâmica dos acontecimentos e os encadeamentos da diligência revelaram situação de fato verdadeira, culminando nas apreensões feitas, inexistindo nos autos qualquer prova de desmotivação ou ilegalidade.

Cumprе destacar que o crime de tráfico de entorpecentes quando praticado nas modalidades “ter em depósito”, “transportar”, “trazer consigo” e “guardar” é caracterizado como crime permanente, o que torna constante o estado de flagrância do agente enquanto perdurar a prática dos referidos verbos nucleares, o que torna legítima a abordagem policial.

Desse modo, não resta configurada qualquer ilegalidade na revista pessoal e nas provas obtidas.

Nesse sentido é o posicionamento deste Egrégio Tribunal de Justiça:

Apelação. Furtos em continuidade delitiva. Sentença condenatória. Recurso defensivo.

(...)

2. Alegação de ilegalidade da busca pessoal. Afastamento. A busca pessoal implica restrição à garantia constitucional da intimidade

(art. 5º, inciso X, CF), podendo recair sobre o investigado, acusado, vítima ou terceiro, abarcando suas vestes ou outros objetos ou coisas que estejam em contato com seu corpo. De forma excepcional, a busca pessoal poderá ser realizada sem ordem judicial, nas hipóteses previstas no art. 244, do Código de Processo Penal, quais sejam, no caso de prisão, quando houver “fundada suspeita” de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papeis que constituam corpo de delito, ou no curso de medida de busca domiciliar.

3. Configuração de fundadas razões para realização do procedimento de busca pessoal. Apelante surpreendido caminhando em via pública quando, ao avistar a presença de policiais militares, imediatamente alterou a direção para a qual estava se dirigindo, empreendendo fuga em direção a uma estação de metrô. Ação de fuga indicativa de fundadas suspeitas que justificaram a busca pessoal que resultou no encontro das mercadorias furtadas.

4. Procedimento realizado por policiais militares em atividade de policiamento preventivo e de imediata repressão a delitos. Realização do exercício de funções que são inerentes à Polícia ostensiva. Licitude da prova. Precedentes do STJ.

(TJSP, Apelação Criminal nº 1502080-86.2022.8.26.0228, Órgão Julgador: 16ª Câmara Criminal, Des. Rel. Marcos Alexandre Coelho Zilli, Data do Julgamento: 11/09/2023, g.n.)

Habeas Corpus – Porte ilegal de arma de fogo de uso permitido – Insurgência contra o indeferimento do pedido de arquivamento do inquérito – Alegação de ilicitude da prova indiciária por ausência de fundada suspeita para a busca veicular – Inadmissibilidade – **Hipótese em que a busca no interior do veículo atende ao disposto no artigo 244 do Código de Processo Penal, pois decorreu de fundada suspeita, baseada em elementos concretos**

revelados a partir da grande inquietação da investigada, durante o diálogo com os policiais que abordaram o automóvel, que era conduzido por ela, para fiscalização. Ordem denegada. (TJSP, Habeas Corpus nº 2173721-56.2023.8.26.0000, Órgão Julgador: 13ª Câmara de Direito Criminal, Des. Rel. Moreira da Silva, Data do Julgamento: 01/09/2023, g.n.).

TRÁFICO DE ENTORPECENTES – PRELIMINARES – **Ilicitude da prova não configurada. Abordagem e busca pessoal realizadas pelos policiais. Diligência que não foi aleatória, mas lastreada em elementos concretos. Fundada suspeita evidenciada. Inteligência do artigo 244 do CPP. Estado de flagrância – Afronta ao princípio constitucional da não autoincriminação (direito ao silêncio). Inexistência – Nulidade por inobservância do artigo 212 do CPP.** Questionamentos formulados pelas partes processuais. Ato solene que atingiu os fins previstos em lei. Instrumentalidade das formas. Ausência de demonstração de prejuízo (*pas nullité sans grief*). Desacolhimento – Rejeição. MÉRITO – Configuração. Materialidade e autoria demonstradas. Depoimentos dos policiais militares em harmonia com o conjunto probatório. Negativa do réu isolada – Apreensão de razoável quantidade de droga (32 porções de cocaína, pesando 14,82 gramas), além de dinheiro – Desclassificação para o crime do artigo 28 da Lei de Drogas. Descabimento – Condenação mantida. PENAS e REGIME DE CUMPRIMENTO – Bases nos patamares – Menoridade relativa. Reconhecimento. Compensação com a agravante do artigo 61, II, "j", do CP (crime praticado durante estado de calamidade pública). Reincidência específica. Exasperação mitigada para 1/5 – Inviável o redutor do § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06 – Regime inicial fechado – Incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos (CP, artigo 44, I, II e III) – Apelo provido em parte para

reconhecer a menoridade relativa do réu e redimensionar as penas.
(TJSP; Apel. Crim. 1500363-74.2021.8.26.0551; Relator: Gilberto Cruz; Órgão Julgador: 15ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Limeira - 1ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 16/05/2022; Data de Registro: 16/05/2022, g.n.)

Desse modo, a preliminar arguida fica rejeitada, passando-se à análise do mérito.

O conjunto probatório é cristalino, apontando a materialidade e a autoria dos crimes imputado aos réus.

A prova da existência do crime (materialidade) e os vestígios materiais daí decorrentes resultaram comprovados por meio do boletim de ocorrência (08/10), auto de exibição e apreensão (fls. 13), termos de depoimentos (fls. 14/15) e do laudo de exame químico-toxicológico (fls. 19/21), que atestou a ilicitude das substâncias apreendidas.

Por sua vez, a autoria delitiva é extraída das declarações prestadas pelas testemunhas, policiais militares (fls. 117 – mídia audiovisual).

Adota-se o resumo dos depoimentos colhidos em audiência, realizado pela i. Julgadora (fls. 190/204), posto que bem compilada a prova oral registrada nos autos:

“(...) A testemunha de Marcos Tiago Pereira, em solo policial, declarou que é Policial Militar com sede de exercício no Município de Catiguá e, no momento dos fatos, encontrava-se de serviço, juntamente com o Policial Militar Sd. Mateus, quando em patrulhamento de rotina pela Rodovia Vicinal Vicente Sanchez, altura do Km 01, no sentido Catiguá/Usina São Domingos, avistou a motocicleta Yamaha Neo, de cor azul e placa EJN-4H52, que vinha em sentido contrário, ocupada por dois indivíduos, que pode perceber que se tratavam de Alax e Matheus, ambos já conhecidos no meio policial pelo envolvimento com tráfico de entorpecentes. Então, resolveu abordá-los, já convergindo a

viatura no sentido Usina São Domingos/Catiguá. Deu ordem de parada a eles. Nesse momento, o depoente notou que o garupa, que se tratava de Matheus Alexsandro Eskildesen, dispensou um objeto na rodovia. O condutor da motocicleta, que se tratava de Alax Samuel Eskildesen Fernandes, já de pronto admitiu que carregava drogas consigo, sendo localizados no interior da carteira dele 07 (sete) pinos de cocaína. O depoente indagou Matheus sobre o que ele havia dispensado, tendo ele admitido que se tratava de cocaína. Então, o Policial Militar Mateus buscou nas proximidades do local da abordagem, encontrando uma meia de cor cinza, no interior da qual havia 20 (vinte) pinos de cocaína. Tanto Alax quanto Matheus informaram terem adquirido aqueles entorpecentes no Bairro Nova Catanduva, de pessoa desconhecida e alegaram que seriam para o uso deles mesmo. Por isso, os apresentou o plantão, para as providências cabíveis, sendo os entorpecentes e a motocicleta apreendidos. (fl. 14). Em Juízo, disse que avistaram os réus na vicinal, em uma moto, e por

já ser conhecido dos meios policiais e serem conhecidos pela prática do tráfico, fizeram a abordagem. Encontraram pinos de cocaína. Disse que quando eles viram a viatura policial, já viraram o rosto, tentando disfarçar e quando a Polícia fez o retorno para abordagem, eles tentaram acelerar a moto para fugir e como a moto era de baixa cilindrada, eles não conseguiram e acabaram abordando. O local é uma vicinal que vem de Catanduva, que é uma cidade que fornece drogas para as cidades da Comarca. Já havia denúncias de que os réus estavam praticando o narcotráfico, comprando drogas em Catanduva e revendo em Catiguá. A principal denúncia era que Alax comprava, mas também tinha denúncias de que o Matheus estava praticando a venda de drogas. Eles disseram que eram usuários, mas a quantidade era incompatível para simples uso.

No mesmo sentido foram as declarações da testemunha de

acusação Gabriel Mateus de Carvalho, em solo policial (fl. 15). Em Juízo, disse que a equipe estava de serviço e estavam realizando o patrulhamento ostensivo e estavam na chamada “rota de drogas” e viram dois indivíduos em cima de uma moto e quando viram a viatura, o garupa jogou um objeto no mato, que não foi identificado inicialmente. Com o motorista, na carteira dele, havia 7 porções de cocaína. O garupa disse que havia jogado cocaína no mato e quando voltaram ao local, encontraram uma meia com 20 porções de cocaína. Eles afirmaram que era para uso e adquiriram no Bairro Nova Catanduva. Ambos eram conhecidos nos meios policiais pelas vendas de entorpecentes. Eles iam à Catanduva para buscar drogas e vender em Catiguá. Já realizou a abordagem de ambos, mas com eles nada foi encontrado. A equipe já conhece o modo de ação dos traficantes que usam a rota na qual foram encontrados os acusados e a forma como foi dispensada a droga originou a fundada suspeita de fazer a abordagem para ver se tinha mais algo ilícito (...).”

Nesse ponto, convém salientar que o fato de as testemunhas serem agentes de segurança não torna, por si só, suas declarações incrédulas ou desprovidas de confiança, sobretudo quando coerentes e harmônicas com os demais elementos dos autos.

Nessa linha de raciocínio, colaciona-se precedente do C. Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSO PENAL E PENAL. *HABEAS CORPUS*. SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. DESCLASSIFICAÇÃO PARA USO. REEXAME DE PROVA. IMPOSSIBILIDADE. DEPOIMENTO DE POLICIAIS. CREDIBILIDADE. SUPERVENIÊNCIA DO TRÂNSITO EM JULGADO. MATÉRIA RESERVADA PARA REVISÃO CRIMINAL (...) 3. Mostra-se

incabível na via eleita a desclassificação do crime de tráfico para o de uso de entorpecentes, pois imprescindível para tanto a reavaliação probatória. 4. Orienta-se a jurisprudência no sentido de que **os depoimentos dos agentes policiais, colhidos sob o crivo do contraditório, merecem credibilidade como elementos de convicção, máxime quando em harmonia com os elementos constantes dos autos**. 5. *Habeas corpus* não conhecido.

(HC 262.582/RS, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, 6ª Turma, julgado em 10.3.2016, DJe 17.3.2016, g.n.).

Os policiais descreveram satisfatoriamente as diligências empreendidas, apresentaram declarações coerentes, claras, e narraram os fatos com precisão, informando de modo consonante os detalhes da prisão em flagrante doa recorrentes.

Não se observa nenhuma discrepância capaz de gerar suspeitas em seus depoimentos, não havendo qualquer indício que demonstre intenção dos depoentes em incriminar injustamente os acusados. As apreensões somente foram possíveis pela firme disposição dos agentes no cumprimento do dever, sendo certo que o esforço empreendido não se mostra coerente ou crível para uma simples falsa incriminação.

Assim, os relatos são válidos e devem ser avaliados como qualquer depoimento, merecendo credibilidade como elemento apto à formação da convicção do magistrado.

Tal entendimento é corroborado por esta C. Câmara de Direito Criminal:

DIREITO PENAL. APELAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. RESISTÊNCIA. LESÃO CORPORAL CONTRA AGENTE DE SEGURANÇA PÚBLICA. AUTORIA E MATERIALIDADE. DOSIMETRIA. RECURSO DESPROVIDO. 1. Apelante condenado às penas de (i) 5 anos e 10 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 583 dias-multa, calculados no mínimo legal, como incurso no art. 33, "caput", da

L11.343/06, (ii) 2 meses e 10 dias de detenção, em regime inicial semiaberto, como incurso no art. 329, "caput", do CP, e (iii) 4 meses e 20 dias de detenção, em regime inicial semiaberto, como incurso no art. 129, § 12, do CP. 2. Recurso defensivo: (i) absolvição dos três delitos, por negativa de autoria e insuficiência de provas e (ii) reconhecimento do tráfico privilegiado, alegando "bis in idem" em razão da reincidência ter sido utilizada em dois momentos quando da dosimetria. 3. A materialidade e a autoria dos crimes foram suficientemente comprovadas pelo conjunto fático-probatório. 4. **A palavra dos policiais militares reveste-se de valor probatório importantíssimo, especialmente quando se mantém coesa e coerente e é corroborada pelos demais elementos dos autos** (STJ. AgRg no AgRg no AREsp n. 1.598.105/SC; AgRg no Ag 1158921/SP). (...) Recurso desprovido. (TJSP; Apelação Criminal 1520106-64.2024.8.26.0228; Relator (a): Toloza Neto; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Criminal; Foro Central Criminal Barra Funda - 4ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 07/01/2025; Data de Registro: 07/01/2025, g.n.)

APELAÇÃO CRIMINAL. Tráfico de drogas. Sentença condenatória. Insurgência do acusado. Pleitos de absolvição e de abrandamento da pena. Descabimento. Autoria e materialidade delitivas comprovadas. **Validade dos depoimentos prestados pelos agentes de segurança pública, que descreveram pormenorizadamente as circunstâncias da diligência.** Circunstâncias do flagrante que evidenciam a traficância e impossibilitam a desclassificação da conduta para a tipificada no art. 28 da Lei de Drogas. Pena privativa de liberdade bem fixada. Pena-base estabelecida no patamar mínimo legal. Acréscimo de 1/6 (um sexto) em razão da agravante de reincidência, efetivamente verificada. Causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, descaracterizada, ante a reincidência constatada.

Manutenção do regime inicial fechado. Inaplicabilidade dos arts. 44 e 77 do CP. Sentença mantida. RECURSO DESPROVIDO.

(TJSP; Apelação Criminal 1500361-10.2020.8.26.0626; Relator (a): Marcia Monassi; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Ubatuba - 1ª Vara; Data do Julgamento: 22/12/2024; Data de Registro: 22/12/2024, g.n.)

No interrogatório, os réus prestaram as seguintes declarações:

“O acusado Matheus Alexsandro Eskildesen em solo policial declarou que foi até a cidade de Catanduva com seu primo Alax para comprar cocaína em um dos bairros da cidade. Compraram no total a quantia de 27 pinos de cocaína, sendo que o depoente adquiriu 20 pinos e os 07 restantes pertenciam a Alax. Não tinha dinheiro consigo, pois havia comprado em drogas e que usaria apenas para consumo próprio durante este fim de semana (fl. 16). Em Juízo, negou a traficância. Disse que a droga era para uso próprio. Compraram a droga em Catanduva e na volta foram parados pela Polícia. Atualmente não usa mais droga e nem fuma mais cigarro. O acusado Alax Samuel Eskildesen Fernandes, em solo policial declarou que foi até a cidade de Catanduva com seu primo Matheus para comprar cocaína em um dos bairros da cidade. Compraram no total a quantia de 27 pinos de cocaína, sendo que o depoente adquiriu 7 pinos e os 20 restantes pertenciam a Matheus. Não tinha dinheiro consigo, pois havia comprado em drogas e que usaria apenas para consumo próprio durante este fim de semana. (fl. 17). Em Juízo, disse é usuário de entorpecentes e adquiriram os entorpecentes para uso próprio. Compraram 35 pinos em Catanduva e usaram 8 pinos, sendo que 7 estavam em sua carteira e eram para uso do depoente. Afirmou que a quantidade de droga encontrada não dava nem para uma hora. Oito pessoas juntaram R\$ 350,00 para comprar os pinos, sendo que cada pino foi R\$ 10,00. O depoente e Matheus buscaram as

drogas para usarem com as outras 6 pessoas. Disse que faz uso de cocaína (...)”.

A tese, defensiva, entretanto, restou isolada dos demais elementos probatórios. Inaproveitável a tese de serem os apelantes somente usuários de droga. Evidenciado o objetivo de ver desclassificar o delito de tráfico para o de porte para consumo pessoal, mas “*A alegação de viciado não obsta o reconhecimento da figura do traficante, mormente na hipótese vertente, em que ambas se mesclam no mesmo agente, preponderando a última, de maior gravidade*” (RJTJ 101/498).

Desse modo, havendo elementos suficientes nos autos a indicar que os recorrentes traziam consigo drogas, inviável, a desclassificação de sua conduta para aquela prevista no art. 28, *caput*, da Lei nº 11.343/06, já que eventual vício não afasta, por si só, a configuração do tipo descrito no indigitado dispositivo legal, especialmente porque nada impede que consuma drogas e, com vistas a sustentar o próprio vício ou incrementar a renda, realize atos de traficância.

Confira-se, neste norte, a jurisprudência desta Colenda Câmara de Direito Criminal:

TRÁFICO DE DROGAS – RECURSO DEFENSIVO: **pleito de desclassificação para o delito de porte para uso próprio – inadmissibilidade – circunstâncias do crime que não deixam dúvidas a respeito do narcotráfico** – condenação mantida – DESPROVIMENTO. INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA: correta observância do critério trifásico – ausência de circunstâncias judiciais – circunstância legal presente (menoridade relativa) – causa de diminuição caracterizada – regime prisional adequado – RECURSO IMPROVIDO.

(TJSP; Apelação Criminal 1501244-33.2023.8.26.0599; Relator (a): Jayme Walmer de Freitas; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Criminal; Foro de São Pedro - 2ª Vara; Data do Julgamento: 10/01/2025; Data de Registro: 10/01/2025, g.n.)

DIREITO PENAL. APELAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. MATERIALIDADE E AUTORIA. ABSOLVIÇÃO.

DESCCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO DO ARTIGO 28, LEI DE DROGAS. RECURSO DESPROVIDO. 1. Apelante condenado à pena de 5 anos e 10 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 583 dias-multa, como incurso no art. 33, da Lei nº 11.343/06, por trazer consigo, para fins de tráfico, 38 porções de cocaína, pesando de 8,86g, substância entorpecente que causa dependência física e psíquica, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar. 2. Recurso defensivo: (i) absolvição, por negativa de autoria delitiva e fragilidade probatória, (ii) desclassificação para o delito previsto no artigo 28 da Lei de Drogas. 3. A materialidade e a autoria delitivas foram suficientemente demonstradas pelo conjunto fático-probatório. 4. A palavra dos policiais reveste-se de importante valor probatório, especialmente quando se mantém coesa e coerente e é corroborada pelos demais elementos dos autos (STJ, AgRg no Ag 1158921/SP). 5. O tráfico de drogas é crime de ação múltipla, bastando a prática de um dos verbos contidos no art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006 é suficiente para a consumação do delito (Tese 13 – Jurisprudência em Teses do STJ – 131ª Edição – Compilado: Lei de Drogas). 6. **Afastada a possibilidade de desclassificação para o delito previsto no art. 28 da Lei de Drogas**, pois comprovado o delito de tráfico de drogas imputado ao apelante. 7. A pena e o regime prisional foram determinados com equilíbrio e justiça, não havendo qualquer razão para a sua alteração. 8. Recurso desprovido. (TJSP; Apelação Criminal 1500607-67.2024.8.26.0431; Relator (a): Toloza Neto; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Pederneiras - 2ª Vara; Data do Julgamento: 07/01/2025; Data de Registro: 07/01/2025, g.n.)

Dessa forma, infere-se que, na hipótese em tela, resultaram consolidadas, à saciedade, as relevantes circunstâncias indicativas dos delitos imputado aos réus, pelos elementos da prova testemunhal e pelas drogas apreendidas.

Destaca-se que o C. Superior Tribunal de Justiça já se manifestou no sentido de que, "*para a ocorrência do elemento subjetivo do tipo descrito no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006, é suficiente a existência do dolo, assim compreendido como a vontade consciente de realizar o ilícito penal, o qual apresenta 18 (dezoito) condutas que podem ser praticadas, isoladas ou conjuntamente*" (REsp 1.361.484/MG, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 10/6/2014, DJe 13/6/2014).

Logo, examinando-se a natureza da droga apreendida, como dito, mais procurada e disseminada que outras, de grande poder degenerador da personalidade, de alto índice viciante, geradora de invencíveis problemas na saúde pública, a forma como estava acondicionada, a segura incriminação feita pelo agente estatal, incumbido por dever de ofício da repressão penal, a conduta não se pode afastar do tipo do art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/2006.

Resulta, assim, a certeza de que o crime é o expediente de que se vale, pois têm incidência, com todo vigor, as regras de experiência comum (*id quod plerumque accidit*).

Destarte, emerge demonstrada a subsunção das condutas dos apelantes às formas puníveis no supracitado dispositivo legal e comprovado o dolo, na ausência de excludente da ilicitude ou da culpabilidade, a condenação é de rigor.

Tecidas tais considerações, passa-se ao exame da dosimetria das penas e do regime prisional aplicados na r. sentença.

Matheus Aleksandro Eskildesen

Na primeira fase, nos termos do art. 59, *caput*, do Código Penal c.c. art. 42 da Lei de Drogas, a i. Magistrada fixou a pena-base acima do mínimo legal, em 06 (seis) anos de reclusão e 600 (seiscentos) dias-multa, diante da quantidade e natureza da substância apreendida (cocaína), considerando, ainda sua personalidade "*negativa, pois voltada à práticas delitivas (autos n. 1500115-03/2022)*".

Na hipótese, a apreensão de 27 (vinte e sete) pinos de cocaína, substância de alto potencial devastador para a saúde, exige a fixação da pena-base acima do mínimo legal, como considerado na origem.

A respeito do tema, Guilherme de Souza Nucci preleciona: "*(...) a*

Lei de Drogas baseia-se, principalmente, na punição de crimes de perigo abstrato (ver a nota 46 ao art. 33), o que justifica destacar, como elementos preponderantes na individualização da pena, dentre outros, a natureza e a quantidade da substância ou do produto. É natural supor que, quanto maior for a quantidade de drogas ilícitas em circulação, maior será o perigo em relação à saúde pública. Ademais, quanto mais forte for a droga ilícita, igualmente, mais grave será a consequência em virtude da sua utilização. Esses fatores, portanto, podem e devem ser levados em conta pelo magistrado. Nesse sentido: STF: 'Fixação da pena-base. A concorrência de vetoriais negativas do artigo 59 do Código Penal autoriza a pena-base acima da mínima legal. O próprio artigo 42 da Lei 11.343/2006 estabelece que o juiz, ao fixar a pena, considerará a natureza e a quantidade da substância ou do produto. Inegável, portanto, que o magistrado pode elevar a pena-base em razão da elevada quantidade de droga.' (RHC 117.489/MS, 1.ª T., rel. Rosa Weber, DJ 18.06.2013); 'Ao fixar a pena nos limites mínimo e máximo estabelecidos no preceito secundário do tipo do tráfico, pode o juiz majorar a pena a partir da quantidade de droga apreendida.' (RHC 105.700-MG, 1.ª T., rel. Cármen Lúcia, 12.04.2011, m.v.). STJ: 'No crime de tráfico de drogas, a quantidade e a variedade do entorpecente devem ser consideradas na fixação da pena-base, amparada no art. 59 do Código Penal, uma vez que, atendendo à finalidade da Lei 6.368/76 [atual Lei 11.343/2006], que visa coibir o tráfico ilícito de entorpecentes, esses fundamentos apresentam-se válidos para individualizar a pena, dado o maior grau de censurabilidade da conduta. Precedentes.' (REsp 419.431-AC, 5.ª T., rel. Arnaldo Esteves Lima, 18.10.2007, v.u.). Igualmente: STJ, HC 84.269-MS, 5.ª T., rel. Napoleão Nunes Maia Filho, 11.12.2007, v.u)'. (Leis Penais e Processuais Penais Comentadas, vol. 1, 8ª Edição, Ed. Forense, p. 343).

Este é o posicionamento do C. Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. NULIDADE DE INTIMAÇÃO DO DEFENSOR DATIVO. TESE NÃO ENFRENTADA PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. ALEGAÇÃO DE EXCESSO NA DOSIMETRIA DA PENA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. DEVIDA FUNDAMENTAÇÃO QUANTO ÀS

VETORIAIS CONSIDERADAS REPROVÁVEIS.
QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. AGRAVO
REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A irresignação sobre a nulidade da intimação do defensor dativo não foi debatida na instância ordinária, circunstância que impede o pronunciamento desta Corte Superior a respeito, sob pena de se incorrer em indevida supressão de instância.
2. Quanto à culpabilidade, às circunstâncias e à quantidade de drogas, a fundamentação apresentada mostra-se idônea, baseada em elementos concretos, cuja avaliação está situada no campo da discricionariedade do julgador.
3. A quantidade e **a natureza da droga apreendida é fundamento idôneo para exasperar a pena-base e deve preponderar sobre as demais circunstâncias judiciais, não se constatando ilegalidade na dosimetria da reprimenda fixada, tendo em vista a apreensão de 740g de cocaína.**
4. Agravo regimental desprovido”. (STJ, AgRg no HC 839.686, Órgão Julgador: 6ª Turma, Min. Rel. Laurita Vaz, Data do Julgamento: 25/09/2023, g.n.).

Por outro lado, respeitado o entendimento da MM. Juíza, o réu não ostenta antecedente criminal, consoante certidões de fls. 39/40, 42/43 e 153/154, inexistindo, ainda, elementos nos autos aptos a valorar a sua personalidade, que não se confunde com sua biografia criminal. Nesse sentido: *“A personalidade distingue-se de maus antecedentes e merece ser analisada no contexto do art. 59, separadamente. Por isso, é imprescindível cercar-se o juiz de outras fontes, tais como testemunhas, documentos, etc., demonstrativos de como age o acusado na sua vida em geral, independentemente de acusações no âmbito penal. Somente após, obtidos os dados, pode-se utilizar o elemento personalidade para fixar a pena justa”*. (NUCCI, Guilherme, *Código Penal Comentado*, 24ª Edição, 2024, Ed. Forense, p. 391).

Assim, presente única circunstância judicial negativa, de rigor a

exasperação do mínimo legal em 1/6, resultando na basilar de 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa.

Na segunda e terceira fase, ausentes circunstâncias modificativas, a reprimenda se manteve inalterada.

A benesse sob comento trata da figura do “traficante privilegiado”, também chamada de “traficância menor” ou “traficância eventual”, estabelecendo a redução de pena de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas e nem integre organização criminosa.

No caso dos autos, a natureza da substância apreendida (cocaína), revela a dedicação do réu à atividade criminosa, utilizando-se da difusão do vício, com *animus lucrandi, modus vivendi*. Nesse sentido é o entendimento da jurisprudência: “*É pacífico o entendimento nesta Corte Superior de que a quantidade e/ou a natureza da droga podem justificar a não aplicação da minorante prevista no art. 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, quando evidenciarem a dedicação à atividade criminosa*”. (STJ, Ag. Int. no HC 439498/SP, Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, j. em 05/06/2018, g.n.).

Consoante prelecionam Cléber Masso e Vinicius Marçal: “*Tem se decidido que a apreensão de grande quantidade de drogas (bem como a diversidade de natureza dos entorpecentes encontrados), a depender das peculiaridades do caso concreto, é circunstância hábil a denotar a dedicação do acusado a atividades criminosas e, conseqüentemente, a impedir a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no §4º do art. 33 da Lei n. 11.34/2006, porque indica maior envolvimento do agente com o mundo do narcotráfico, ainda que ele seja primário e não possua antecedentes. Dessarte, a priori, a circulação de expressiva quantidade de entorpecente pelo agente evidenciará 'habitualidade delitiva' e, por isso, fundamentará o afastamento da causa de diminuição de pena*”. (Lei de Drogas – Aspectos Penais e Processuais, 3ª Edição, 2022, Editora Método, E-book, p. 237/238).

Na esteira da jurisprudência, citada por Guilherme de Souza Nucci: “*(..) STF: o Tribunal de origem procedeu a atividade intelectual irrepreensível, porquanto a apreensão de grande quantidade de droga é fato que permite concluir,*

mediante raciocínio dedutivo, pela dedicação do agente a atividades delitivas, sendo certo que, além disso, outras circunstâncias motivaram o afastamento da Minorante (HC 103118 – SP, 1.^a T., rel. Luiz Fux, 20.03.2012(...) STJ: '1. A apreensão de grande quantidade de entorpecente é indicativo de que o acusado não é pequeno traficante – aquele cuja norma trazida no art. 33, § 4.º, da Lei de Drogas visa beneficiar. Em verdade, a expressiva quantidade de droga – 888,400g (oitocentos e oitenta e oito gramas e quatrocentos miligramas) de maconha – denota a provável vinculação do recorrente a alguma organização criminosa, conforme referido pela Corte local, o que por certo inviabiliza a incidência da minorante.' (STJ, AgRg no AREsp 419.229/SP, 5.^a T., rel. Marco Aurélio Bellizze, 17.12.2013) p. 317

Claro o profissionalismo e forte a consciência da ilicitude, não se tratando de traficante novato, “de primeira viagem”, que, assim, não é merecedor do redutor do parágrafo 4º, do artigo 33, da Lei Especial (GUILHERME DE SOUZA NUCCI, *in* Leis Penais Especiais, RT, 2ª edição, 2007, p. 330).

Marcada, como dito, a dedicação à espúria difusão de drogas proibidas, com *animus lucrandi* e com *modus vivendi*, que é resultante de livre escolha do acusado, com absoluta consciência da ilicitude, não se trata de iniciantes no tráfico de drogas. Nesse sentido: “*De se ver que a mens legis da causa de diminuição de pena seria alcançar aqueles pequenos traficantes, circunstância diversa da vivenciada nos autos, dada a apreensão de expressiva quantidade de entorpecente, com alto poder destrutivo*” (Superior Tribunal de Justiça. HC n. 190426 / MS. Ministro **OG FERNANDES**. DJ 04.04.2011).

Nesse sentido, já se pronunciou esta C. Câmara Criminal: “*No caso, embora o Apelante seja primário e portador de bons antecedentes, comporta maior rigor a reprovação de sua conduta em razão da **razoável quantidade da droga apreendida**, acarretando sérios prejuízos aos usuários, suas famílias e à toda sociedade, além da apreensão de dinheiro de origem ilícita, o que demonstra que parte da droga já havia sido comercializada e o diferencia de um traficante iniciante, a **demonstrar sua dedicação ao comércio espúrio, a inviabilizar a redução das penas**”.* (TJSP; Apelação Criminal 1500017-37.2024.8.26.0578; Relator (a): Luiz Antonio Cardoso; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Ipaussu - Vara Única; Data do Julgamento: 13/01/2025; Data de Registro:

13/01/2025, g.n.)

Portanto, inviável a aplicação do redutor previsto no §4º do artigo 33 da Lei de Drogas.

Por fim, devidamente eleito o regime inicial fechado para cumprimento da pena, consoante disciplina o artigo 33, §§ 2º, e 3º, c.c. artigo 59, III, todos do Código Penal, diante das particularidades do caso em apreço, destacando-se a quantidade e natureza da droga apreendida, a obstar a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, nos termos do artigo 44 do Código Penal.

Em reforço: “(...) *O regime fechado foi fixado com base nas peculiaridades do caso concreto, notadamente em razão de a condenação ser superior a 4 anos, de a pena-base haver sido fixada acima do mínimo legal e de haver sido apreendido grande quantidade de drogas diversas e mais nocivas em poder do réu - a saber, 3.542 g de maconha e 0,4 g de crack. (...)*”. (AgRg no HC n. 765.459/MS, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 13/2/2023, DJe de 15/2/2023.); Ainda “(...) *In casu, fica mantido o modo inicial fechado, pois, embora a pena definitiva pelo crime de tráfico tenha sido estabelecida em patamar inferior a 8 anos de reclusão, conforme preceitua o art. 33, § 3º, c/c o art. 59, ambos do Código Penal, a análise desfavorável do art. 42 da Lei de Drogas (na primeira fase da dosimetria penal) justifica a escolha do modo imediatamente mais grave, segundo o quantum da sanção aplicada. (...)*” (AgRg no AREsp n. 2.143.202/SP, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 27/9/2022, DJe de 4/10/2022.)

Na lição do Exmo. Des. **JOSÉ DAMIÃO PINHEIRO MACHADO COGAN**: “(...) *O regime inicial fechado é o único adequado em face do princípio da suficiência penal, mormente porque se trata de delito equiparado a hediondo (Súmula 512 do STJ), que enseja maior repressão e reprovação, por ser verdadeiro flagelo da sociedade hodiernamente. Anote-se que o regime aberto é incompatível com a infração de tráfico de drogas, que se tornou uma das grandes pragas modernas a atormentar a sociedade, mormente no Brasil, antes país de passagem da droga para o exterior, sendo hoje um dos países com grande número de traficantes, passando a droga a ser utilizada aqui, sendo exemplo disso que 70% dos processos em julgamento nas sessões ordinárias dessa E. Câmara, sempre em*

número superior a 500 feitos, são referentes a tráfico de drogas. Assim, transformando-se o tráfico num dos verdadeiros cancros da atualidade, envolvendo jovens e desagregando famílias, deve ele ser combatido com rigor, rigor este que só se encontra presente na imposição do regime fechado para o traficante. Ademais, não pode o julgador ter seu olhar voltado para as estrelas, mas deve ser homem do seu tempo, que não ignora que a leniência com o tráfico destrói famílias, jogando usuários e viciados na sarjeta, bem como incrementa roubos, latrocínios, furtos e homicídios. Incabível, por essas razões, impor-se ao traficante penas restritivas de direito muito aquém da punição que merece, não estando presentes os requisitos do art. 44, inciso III, do Código Penal. Diante do quadro probatório coligido, considerando-se a lesividade da conduta da ré, outro regime diverso do fechado seria insuficiente à espécie, sendo pelo mesmo motivo indeferida a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (...)” (TJSP, Apelação Criminal nº 0034838-30.2014.8.26.0114, 5ª Câmara Criminal, Rel. Des. José Damião Pinheiro Machado Cogan, Data do Julgamento: 06/10/2016).

Em reforço: “(...) O regime fechado foi fixado com base nas peculiaridades do caso concreto, notadamente em razão de a condenação ser superior a 4 anos, de a pena-base haver sido fixada acima do mínimo legal e de haver sido apreendido grande quantidade de drogas diversas e mais nocivas em poder do réu - a saber, 3.542 g de maconha e 0,4 g de crack. (...)”. (AgRg no HC n. 765.459/MS, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 13/2/2023, DJe de 15/2/2023.); Ainda“(...) In casu, fica mantido o modo inicial fechado, pois, embora a pena definitiva pelo crime de tráfico tenha sido estabelecida em patamar inferior a 8 anos de reclusão, conforme preceitua o art. 33, § 3º, c/c o art. 59, ambos do Código Penal, a análise desfavorável do art. 42 da Lei de Drogas (na primeira fase da dosimetria penal) justifica a escolha do modo imediatamente mais grave, segundo o quantum da sanção aplicada. (...)” (AgRg no AREsp n. 2.143.202/SP, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 27/9/2022, DJe de 4/10/2022.)

Alax Samuel Eskildesen Fernandes

Na primeira fase, nos termos do art. 59, *caput*, do Código Penal

c.c. art. 42 da Lei de Drogas, a i. Magistrada fixou adequadamente a pena-base acima do mínimo legal, em 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, diante da natureza da substância apreendida (cocaína).

Na hipótese, a apreensão de 27 (vinte e sete) pinos de cocaína, substância de alto potencial devastador para a saúde, exige a fixação da pena-base acima do mínimo legal.

Não se olvide, que o *“legislador ordinário não estabeleceu percentuais fixos para nortear o cálculo da pena-base, deixando a critério do julgador encontrar parâmetros suficientes a desestimular o acusado e a própria sociedade a praticarem condutas reprováveis semelhantes, bem como a garantir a aplicação da reprimenda necessária e proporcional ao fato praticado”* (HC 283.706/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 10/10/2017, DJe 23/10/2017).

Desse modo, por não se entender desarrazoado o aumento da pena-base, ante os fundamentos expostos, fica mantida como lançada.

Na segunda fase, não verificadas agravantes, a menoridade relativa do agente (fls. 159), atenuante prevista no art. 61, I, d, do Código Penal, ensejou o retorno da reprimenda ao mínimo legal, de 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa.

Na terceira fase, ausentes causas de aumento e diminuição, as penas se tornaram definitivas como fixadas anteriormente.

Destaca-se que a aplicação da causa de diminuição de pena insculpida no §4º, do art. 33, da Lei de Drogas, restou vedada por ausência de preenchimento dos requisitos legais.

A benesse sob comento trata da figura do “traficante privilegiado”, também chamada de “traficância menor” ou “traficância eventual”, estabelecendo a redução de pena de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas e nem integre organização criminosa.

No caso dos autos, a natureza da substância apreendida (cocaína), revela a dedicação do réu à atividade criminosa, utilizando-se da difusão do vício, com *animus lucrandi, modus vivendi*. Nesse sentido é o entendimento da

jurisprudência: *“É pacífico o entendimento nesta Corte Superior de que a quantidade e/ou a natureza da droga podem justificar a não aplicação da minorante prevista no art. 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, quando evidenciarem a dedicação à atividade criminosa”*. (STJ, Ag. Int. no HC 439498/SP, Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, j. em 05/06/2018, g.n.).

Por fim, devidamente eleito o regime inicial fechado para cumprimento da pena, consoante disciplina o artigo 33, §§ 2º, e 3º, c.c. artigo 59, III, todos do Código Penal, diante das particularidades do caso em apreço, destacando-se a natureza da droga apreendida, a obstar a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, nos termos do artigo 44 do Código Penal.

Diante de tais considerações, **nega-se provimento** ao recurso de Alax Samuel Eskildesen Fernandes e **dá-se parcial provimento** ao apelo de **Matheus Alexsandro Eskildesen, readequando-se a respectiva reprimenda para 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa**, mantendo-se, no mais, a r. sentença, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

FREDDY LOURENÇO RUIZ COSTA

Relator