



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000002171

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1507469-86.2023.8.26.0270, da Comarca de Itapeva, em que é apelante FERNANDO DOS SANTOS ZALKAUSKAS, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 8ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **negaram provimento ao recurso interposto pela d. Defesa, e ex officio, alteraram a capitulação legal, para condenar o réu Fernando dos Santos Zalkauskas como incurso no artigo 33, caput, c.c. art. 40, III, ambos da Lei nº 11.343/2006, por duas vezes, na forma do art. 71, caput, do Código Penal, e art. 147, caput, nos termos do art. 69, caput, ambos do Código Penal, readequando-se a reprimenda imposta para 6 (seis) anos, 9 (nove) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, 01 (um) mês e 05 (cinco) dias de detenção e 680 (seiscentos e oitenta) dias-multa, mantendo-se, no mais, a r. sentença por seus próprios fundamentos. v.u.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MAURICIO VALALA (Presidente sem voto), LUIS AUGUSTO DE SAMPAIO ARRUDA E SÉRGIO RIBAS.

São Paulo, 7 de janeiro de 2025.

FREDDY LOURENÇO RUIZ COSTA

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

VOTO Nº 8398

Órgão Julgador: 08ª Câmara de Direito Criminal

Apelação nº 1507469-86.2023.8.26.0270

Apelante: Fernando dos Santos Zalkauskas

Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo

Comarca: Itapeva

Apelação Criminal. Tráfico de drogas majorado praticado por duas vezes, em concurso material, e ameaça (Artigo 33, caput, c.c. art. 40, III, ambos da Lei nº 11.343/06 e art. 147, caput, do Código Penal). Sentença condenatória. Pretensão à absolvição e desclassificação. Impossibilidade. Materialidade e autoria comprovadas. Depoimentos testemunhais em harmonia com o conjunto probatório. Condenação mantida. Dosimetria readequada, ex officio. Peculiaridades do caso concreto que justificam a fixação da pena-base do crime de ameaça acima do mínimo legal. Inviabilidade do redutor previsto no artigo 33, §4º da Lei nº 11.343/06. Afastamento do cúmulo material entre os crimes de tráfico. Crime continuado configurado. Exegese do art. 71, caput, do Código Penal. Ausência dos requisitos previstos no artigo 44 do supracitado diploma legal. Regime inicial fechado mantido para a pena de reclusão e semiaberto para a detenção. Recurso improvido e, ex officio, readequada a reprimenda.

Trata-se de recurso de apelação interposto por Fernando dos Santos Zalkauskas contra a r. sentença (fls. 353/374) que julgou procedente a ação penal, para condená-lo como incurso no artigo 33, *caput*, c.c. art. 40, III, ambos da Lei nº 11.343/2006, por duas vezes, e art. 147, *caput*, na forma do art. 69, *caput*, ambos do Código Penal, ao cumprimento da pena de 11 (onze) anos e 08 (oito) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 1166 (um mil e cento e sessenta e seis) dias-multa, fixados no valor mínimo legal, bem como a 01 (um) mês e 05 (cinco) dias de detenção, em regime inicial semiaberto.

A d. Defesa, em suas razões recursais (fls. 400/407), requereu a absolvição, pela ausência de elementos sólidos de materialidade e autoria para

lastrear a condenação criminal. Subsidiariamente, pugnou pela desclassificação da conduta para o delito previsto no artigo 28 da Lei de Drogas. Pleiteou a fixação da pena-base no mínimo legal, o privilégio previsto no §4º do supracitado dispositivo legal, bem como a substituição da pena corporal por restritivas de direitos.

Regularmente processado o recurso interposto e ofertadas as contrarrazões (fls. 420/424), a douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo desprovimento do apelo (fls. 432/439).

É o relatório.

Depreende-se dos autos que Fernando dos Santos Zalkauskas foi processado como incurso, por duas vezes, no artigo 33, *caput*, c.c. art. 40, III, ambos da Lei nº 11.343/2006 e art. 147, *caput*, na forma do art. 69, *caput*, ambos do Código Penal.

Como consta na denúncia, no dia 20 de outubro de 2023, às 06:53, na Rua Isaltino Rodrigues Fortes, nº 92, Vila São Camilo, Itapeva/SP, o réu, nas imediações de instituição de ensino, tinha em depósito, para fins de tráfico, porção de “MACONHA” em quantia não identificada nem apreendida, mas que se destinava à comercialização a terceiros.

Consta, também, que, no dia 13/12/2023, às 07:00, no mesmo endereço supra, o réu, ainda nas imediações de instituição de ensino, tinha em depósito, para fins de tráfico, 1 (uma) porção de MACONHA, com peso de 21,56g, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar, conforme Auto de Apreensão (fls. 15), Laudos de Constatação Provisória (fls. 21/24) e Laudos Definitivos (a ser juntado).

Consta, por fim, que no dia 13/12/2023, no mesmo horário e local acima, FERNANDO ameaçou, por palavras, de que iria causar mal injusto e grave contra o Policial Civil BRUNO HENRIQUE PEDROSO.

Segundo foi apurado, o denunciado vem se dedicando ao tráfico de drogas na cidade de Itapeva ao menos desde 05/05/2023.

Nesse sentido, a partir de acesso judicialmente autorizado ao conteúdo de celulares apreendidos nos autos do processo nº 1505684-89.2023.8.26.0270, verificou-se conversa entre o denunciado e a pessoa de

nome WEUBER MILLER SILVA ARAÚJO (Vulgo “MILLER”) que, na data acima, após receber o contado de FERNANDO a partir de outra pessoa investigada por tráfico de drogas (JEFERSON BATISTA DOS SANTOS, vulgo “JEFINHO”), faz uma proposta de locação de uma de suas “biqueiras” (“loja”) que pertenciam ao denunciado.

Os fatos acima são apurados no processo supra, e o conteúdo das conversas está no Relatório Policial nº 105/2023 juntado aos autos (fls. 34/47).

Sucedendo que no curso das investigações levadas a efeito no processo acima, foi deferida interceptação telefônica no aparelho do investigado e em conversa interceptada de 20/10/2023 flagrou-se diálogo em que uma pessoa conversa com FERNANDO e se queixa de uma droga de má qualidade, tendo o denunciado respondido que possuía, em sua casa, MACONHA (“beck”) de boa qualidade, a qual era destinada à venda (“precinho também tá legal”).

Como não houve tempo hábil para se obter um Mandado de Busca e Apreensão, a droga acima não foi apreendida, e os vestígios desapareceram (art. 167 do CPP). Entretanto, há evidências suficientes do crime de tráfico ilícito de entorpecentes (FATO 1).

A fim de dar continuidade às investigações, o pedido de Busca e Apreensão foi apresentado e deferido pelo juízo, tendo o mandado sido expedido em 10/12/2023 nos autos do Processo nº 1506740-60.2023.8.26.0270.

Por ocasião do cumprimento do mandado (13/12/2023), a Polícia Civil logrou encontrar outra porção de “MACONHA” na casa do denunciado, a qual, diante de todos os elementos constantes dos autos, certamente se destinava ao comércio ilegal de drogas.

Tal droga foi apreendida, fotografada e periciada. A residência do denunciado fica há 450m da Escola Municipal Francisco Rossi Júnior, 600m da Escola Municipal Professora Nair Rodrigues Queiroz e 750m da Escola Municipal Professor Luiz Gonzaga Dias Monteiro.

Por ocasião do cumprimento do Mandado de Busca e Apreensão o denunciado ainda tentou obstruir o trabalho da polícia, o que exigiu que o Policial Civil BRUNO fosse mais enérgico com FERNANDO, tendo se iniciado uma pequena discussão que logo cessou.

Porém, em momento seguinte, quando se preparavam para se dirigir até a Delegacia, o denunciado, ao perceber que sua avó estava no local, em tom de ameaça, passou a intimidar o referido agente público, ao dizer que “se acontecer alguma coisa com minha avó eu vou atrás de você” (FATO 3).

Após o regular trâmite da ação penal, adveio a r. sentença condenatória, contra a qual se insurge o réu, por meio do presente recurso.

Pois bem. A prova da existência do crime (materialidade) e os vestígios materiais daí decorrentes resultaram comprovados por meio do auto de prisão em flagrante (fls. 01/02), termos de depoimento (fls. 03/09), boletim de ocorrência (12/14), relatório de investigação (fls. 48/59), auto de exibição e apreensão (fls. 15) e dos laudos de exame químico-toxicológico (fls. 21/24 e 215/219), que atestaram a ilicitude das substâncias apreendidas.

Por sua vez, a autoria delitiva é extraída das declarações prestadas pela vítima e testemunhas (fls. 334 – mídia audiovisual).

Adota-se o resumo dos depoimentos prestados pelas testemunhas, colhidos pelo culto Magistrado sentenciante (fls. fls. 353/374), posto que bem compilada a prova oral registrada nos autos:

“(...) A vítima e testemunha BRUNO HENRIQUE PEDROSO, policial civil, relatou em juízo, que a primeira situação de tráfico investigada, foi realizada pelo policial Danilo. Depois de toda a investigação, foi expedido alguns mandados de busca, incluindo a casa do réu. Disse que no dia dos fatos, foram outros policiais civis junto e um apoio do canil. Chegando na casa, encontraram o réu, mas no momento ele estava dormindo. Logo após o informaram sobre o mandado de busca e iniciaram a busca na residência. Ressalta que Fernando, o réu, disse que era usuário e possuía uma porção da erva maconha guardada. No momento em que o cão estava farejando, ele sinalizou referente as drogas que estavam no guarda roupas. Disse que outro policial, Mateus, encontrou a porção no local.

Continuaram a busca e não foi encontrado outros ilícitos, porém no final da busca, Fernando parecia estar nervoso, querendo sair do cômodo em que estava (ele estava na sala e queria ir para a cozinha). Relata que pediu para o réu aguardar, pois a busca estava no final, porém o acusado insistiu em sua fala. Então ambos começaram uma discussão. A avó do Fernando estava no local e presenciou a discussão. Em seguida, a busca foi encerrada e os policiais pediram para que o acusado os acompanhasse até a delegacia, mas no momento em que ele foi trocar de roupa e dois dos policiais o acompanharam até o outro cômodo, o réu proferiu uma ameaça diante o policial Bruno, dizendo que se acontecesse algo com a avó, ele iria atrás do policial. A seguir foram até a delegacia. A testemunha ADRIANO MATEUS GNOATTO SIMÃO, guarda civil municipal, relatou, em juízo, que a polícia civil o acionou para prestar apoio para eles no mandado de busca na casa do acusado, portanto houve o acompanhamento. Na chegada ao local, disse que o portão estava aberto, assim eles adentraram na residência, informando que era a polícia que estava lá e possuía um mandado de busca. Informa que no momento o réu estava dormindo e que também havia uma senhora na casa, a avó de Fernando. Assim que eles tiveram a ciência do mandado, os policiais iniciaram a busca. No momento da busca no quarto do acusado, o cão sinalizou e foi encontrado uma quantidade de maconha, após isso foi apreendida. Durante toda a busca, o réu demonstrou nervosismo, um certo descontentamento com a presença dos policiais e queria sair do cômodo em que estava para ir em outro. Relata que um dos policiais, Bruno, havia pedido para que ele não ficasse se mexendo muito, para que evitassem haver problemas com o cão, foi a partir desse momento que uma discussão se iniciou, mas logo foi cessada. Foi após a discussão que Fernando ameaçou o policial Bruno, dizendo que iria atrás dele se alguma coisa acontecesse com a avó.

No momento seguinte foram para a delegacia, para que as providências fossem tomadas pelo delegado. A testemunha DANILO CAMPOLIM DE ALMEIDA, policial civil, relatou em juízo, que participou da investigação e que já conhecia o acusado de outras investigações e denúncias por tráfico de drogas. Disse que teve uma prisão em flagrante, não se recorda a data, mas foi de um rapaz chamado Welber que foi preso durante uma busca e teve o aparelho móvel apreendido. Nessa prisão tinham apreendido drogas e uma arma de fogo. Declarou que foi ele quem ficou responsável por analisar o aparelho. Dentre as tratativas para o tráfico de drogas tinha um diálogo, entre Welber, o acusado e o irmão do acusado. Nos diálogos encontrados, Welber dizia que morava próximo deles, no mesmo bairro e ele queria alugar o espaço de venda de drogas, não houve especificação nessas conversas, mas queria alugar do acusado. No diálogo fica claro que era para tratar isso com o Fernando, inclusive seu irmão pediu para que falasse diretamente com ele. Durante uma tratativa entre os dois, Fernando disse que não desejava fazer negócios com ele, pois o próprio iria usar o local para a venda de drogas e estava somente esperando a mercadoria chegar. Ressalta que não há dúvidas de que era realmente o acusado tratando com Welber. Logo que o telefone do réu foi interceptado, havia uma ligação dizendo que ele tinha maconha de boa qualidade para fazer negócio, o telefonema foi transcrito e está consignado em relatório. Relata que não participou da busca na casa de Fernando, mas sabe o que ocorreu no local. Disse que ele já morava com a avó quando foram realizadas outras buscas (...)"

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 do recorrente.

Não se observa nenhuma discrepância capaz de gerar suspeitas em seus depoimentos, não havendo qualquer indício que demonstre intenção dos depoentes em incriminar injustamente o acusado. 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.

Por sua vez, o réu, em Juízo, alegou que *“trabalhava no 'Nunes Estoquista' Disse que a droga apreendida é pra uso próprio, que usa a erva maconha desde os 17 anos de idade e que era somente um pedaço que estava dentro de um recipiente de vidro, ao lado de um dichavador. Relata que sempre que ia comprar a erva, comprava de 25 gramas e que no diálogo encontrado no telefone ele dizia que conhecia um lugar que vendia maconha barato, mas não era ele quem vendia e sim outro indivíduo. Disse que há uma escola na entrada da vila em que mora, mas quem frequenta a escola não tinha acesso visual até a casa dele, pois a residência fica no final da vila e a escola logo na entrada. Ressalta que no dia do mandado de busca, o policial colocou ele na sala, a avó estava sentada no sofá e ele estava de pé. Fala que a avó tem problema no coração e estava fazendo um tratamento, disse que no dia do fato ele não havia ido trabalhar por que a avó tinha passado mal na noite anterior. Percebeu que ela estava nervosa e tremendo e pediu para ir até a cozinha pegar um copo de água para ela, nesse momento o policial diz para ele não fazer nada por que não tinha aquele direito, foi a partir disso que começou a discussão. Relata que disse ao policial que o mesmo não tinha o direito de gritar, pois ele estava gritando na sala e avó estava ficando ainda mais nervosa, menciona que ele pediu para que o policial respeitasse a casa da avó, que ele poderia fazer o serviço dele, desde que respeitasse a casa, sem que ficasse gritando. Disse que a avó tem 84 anos e que tem cardiopatia, vários problemas de saúde e no coração, cita que a mesma está esperando para colocar uma ponte de safena. Não se recorda de diálogos com Welber, que não o conhece e nem comprou drogas com ele. Não negocia drogas com o irmão e não sabe dizer se ele negocia com outros, pois já fazia 7 meses que eles não conversavam. Reforça a fala, expondo que nunca mexeu com tráfico de drogas, que sempre trabalhou, mas que infelizmente tem o vício de fumar desde cedo e que nunca usou essa oportunidade para ganhar dinheiro”*.

Todavia, a palavra do réu restou isolada dos demais elementos probatórios, sobretudo quando confrontada com a prova oral, perícia judicial sobre a

droga encontrada, bem como diante do conteúdo das conversas estabelecidas com e terceiros, a respeito da mercancia ilícita e que bem comprova o primeiro fato delitivo narrado na denúncia, consistente na existência de drogas na residência do réu. Nesse sentido: *“A demonstração da materialidade do crime de tráfico de drogas, em casos excepcionais, ante a ausência da apreensão de entorpecentes, pode se dar por outros elementos probatórios”*. (STF, AgR no HC nº 220.281, 2ª Turma, Min. Rel. André Mendonça, J. 03/07/23).

Inaproveitável a tese de ser o apelante somente usuário 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). Ademais, o local é conhecido como ponto de venda de drogas, indicativo da efetiva difusão do vício com *animus lucrandi*, *“O crime de tráfico de entorpecente, previsto no art. 12 da Lei 6.368/76 (atual art. 33 da Lei n. 11.343/06), não exige para sua configuração, a venda da substância tóxica a terceiros. Basta à sua consumação, a posse, guarda ou depósito dessa mesma substância”* (TJSP - ac 6.635 – Rel.: ONEI RAPHAEL - RJTJSP 70/371).

Ademais, como descrito na r. sentença, as mensagens extraídas do número de celular do réu, obtidas por meio de prévia autorização judicial, demonstram o envolvimento do recorrente com a mercancia espúria de drogas:

“Mesmo Fernando não querendo falar sobre o assunto, às 19:36 horas, por mensagem de texto Weuber insiste e pergunta se ele poderia “dar um salve pro guri encostar lá vender um verde”, ou seja, Weuber quer saber se Fernando autorizava Weuber por um indivíduo lá no “espaço” (biqueira) de Fernando para vender maconha (verde), então Fernando responde ‘... vou colocar para andar a fita só to no aguardo de chegar a mercadoria’, ou seja, Fernando não autorizou Weuber a usar sua ‘biqueira’, dizendo que iria por alguém para vender droga lá (por para andar) e que estava somente esperando a droga (mercadoria) chegar.

(...) no mesmo telefonema interceptado, o interlocutor de Fernando diz a ele que não estava conseguindo fumar um cigarro de maconha (beck) que tinha em sua casa, na sequência Fernando diz tinha a droga disponível para venda dizendo que a mesma era de boa qualidade e bom preço”.

Desse modo, havendo elementos suficientes nos autos a indicar que o recorrente tinha em depósito 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:

Apelação Criminal- Tráfico de Drogas - Recurso da Defesa- Pedido de Ausência de provas e absolvição- Inviabilidade- Policiais Civil que cumpriam mandado de prisão temporária, em desfavor do réu, e localizaram um tijolo de maconha, pesando 689,12 gramas na residência- **Desclassificação para o crime descrito no artigo 28, da Lei de Drogas- Provas suficientes à condenação- Condição de usuário não exclui a de traficante-** Responsabilização inevitável- Dosimetria-Pena-base corretamente fixada acima do mínimo legal- Réu reincidente em crime doloso – Redutor – Não cabimento- Requisitos legais não preenchidos - Afastamento ou redução da pena de multa – Impossibilidade - Regime inicial fechado – Manutenção – Sentença mantida- Apelo improvido.
(Apelação Criminal 1501273-80.2020.8.26.0537; Relator: **José Vitor Teixeira de Freitas**; Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Criminal; Foro de São Bernardo do Campo - 4ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 26/06/2021; Data de Registro: 26/06/2021)

Apelação – Tráfico de drogas – Condenação – Recurso defensivo – **Pedidos de absolvição por falta de provas e de desclassificação para o crime de posse de drogas para consumo pessoal (art. 28 da Lei 11.343/06) – Não acolhimento** – Materialidade e autoria comprovadas – Policiais civis que avistaram o apelante entregando droga a um indivíduo e dispensando outras porções em um matagal – Apelante que tinha em depósito 10 (dez) "pinos" de cocaína, 09 (nove) "pinos" de "crack", 01 (uma) pedra de "crack" e 05 (cinco) porções de maconha – Depoimentos de policiais prestados em juízo constituem meio de prova idôneo a respaldar a condenação, notadamente quando ausente dúvida sobre a imparcialidade – Prova oral harmônica e coesa – Versão do sentenciado de que é apenas usuário restou dissociada do conjunto probatório – Apelante que tinha em depósito drogas de espécies diversas (cocaína, "crack" e maconha), em quantidade elevada (25 porções) e acondicionadas em embalagens típicas de mercancia e, como se não bastasse, foi visto pelos policiais entregando droga a um desconhecido – Circunstâncias da prisão reforçam o "animus" de traficância, pois o local da diligência é conhecido como ponto de tráfico e o apelante tentou empreender fuga após receber a voz de prisão – Bastante comum a figura do "traficante-usuário" ou "usuário-traficante", que comercializa entorpecentes para sustentar o próprio vício – De rigor a condenação por tráfico de drogas (art. 33, "caput", da Lei 11.343/06) – Penas bem dosadas e regime inicial fixado corretamente, em atenção aos parâmetros legais aplicáveis à espécie, não merecendo qualquer reparo – Pedido de revogação da prisão preventiva – Impossibilidade – Reincidência do sentenciado e gravidade concreta do delito (dada a natureza diversificada e a grande quantidade de drogas) evidenciam o risco de reiteração delitiva ("periculum libertatis") e tornam a custódia cautelar necessária para a garantia da ordem pública (art. 312, "caput", CPP)

– Recurso não provido.

(Apelação Criminal 1500269-39.2019.8.26.0344;
Relator: **Juscelino Batista**; Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Marília - 3ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 24/06/2021; Data de Registro: 24/06/2021)

Logo, possível condição de usuário em nada inviabiliza a condenação pelo delito de tráfico de drogas, pois não há incompatibilidade entre as condutas, afastando-se, assim, a pretendida desclassificação.

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

Considerando-se que os elementos fático-probatórios são contundentes em demonstrar que o recorrente tinha em depósito drogas, sem autorização legal e com propósito econômico, a condenação é medida impositiva, por infração ao artigo 33, *caput*, da Lei de Drogas.

Destaca-se que o 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 artigo 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).

Da mesma forma, de rigor a manutenção da causa de aumento prevista no artigo 40, inciso III, da Lei nº 11.343/2006, uma vez que devidamente comprovada a ocorrência do tráfico nas imediações de três instituições de ensino.

O lugar do crime é daqueles do rol de maior proteção da Lei, assim, merece todo o prestígio, a veneranda decisão da Colenda 9ª Câmara: “(...) *Quanto à causa de aumento prevista no artigo 40 (III), Lei de Tóxicos, deve ser mantida. Está suficientemente provado nos autos que o réu agia a poucas centenas de metros de estabelecimento de ensino. Agia, portanto, nas suas imediações. É o quanto basta, a meu juízo, para seu reconhecimento (...)*”. (Apelação nº 0055164-43.2013.8.26.0050. Colenda 9ª Câmara de Direito Criminal do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo. Rel.: Exmo. Des. José Orestes de SOUZA NERY). Ainda, por específico também para o caso sob comento: “*TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. Recurso Defensivo. Preliminar de nulidade do feito repelida. Inexistência de violação ao CPP, art. 185, § 2º. Pleito recursal voltado a elementos norteadores da dosimetria. Causas de aumento bem reconhecidas. Inaplicabilidade do redutor da Lei Especial (art. 33, § 4º) e das benesses do CP (art. 44). Penas preservadas*” (Apelação nº 0013089-81.2015.8.26.0320, da Comarca de Limeira, Colenda 7ª Câmara de Direito Criminal do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, Rel.: EDUARDO ABDALLA, julgado em em 10 de novembro de 2016). E continua a veneranda decisão: “(...) *Na etapa derradeira, bem reconhecidas as causas de aumento do art. 40, III - delito cometido nas imediações de estabelecimento de ensino e social (creche), conforme croqui de fls. 84 - e art. 40, VI - envolvimento de adolescente, pessoa em formação (...)*”.

A expressão “imediações”, adotada pelo legislador, implica conclusão de razoável e mais facilitado acesso ao lugar de proteção, como se pode extrair da lição de FERNANDO CAPEZ, in *Curso de Direito Penal*, Saraiva, vol. 4, 2ª edição, pág. 736.

Nesse sentido: “*Para a incidência da majorante prevista no art. 40, inciso III, da Lei nº 11.343/06, não se faz necessário comprovar que o tráfico efetivamente atinja o seu público-alvo, a saber, os estudantes, bastando que seja praticado nas imediações de estabelecimento escolar*” (STJ - HC 208928/ SP,

Exmo. Min. OG FERNANDES, Dje 05/09/2011).

Quanto ao delito previsto no artigo 147, *caput*, do Código Penal, verifica-se caracterizado o dolo, eis que o apelante agiu conscientemente com o fim de causar mal injusto e grave à vítima, sendo certo que, diante das palavras proferidas, não há como afastar a intimidação que evidentemente abalou sua tranquilidade de espírito e sensação de segurança.

Ademais, o crime em tela se trata de delito formal, o qual se consuma independentemente de resultado, bastando que se comprove o temor da vítima que, no presente caso, resultou demonstrado pelas suas declarações.

Conforme preleciona Guilherme de Souza Nucci: *“o fato do crime ser formal, necessitando somente de a ameaça ser proferida, chegando ao conhecimento da vítima para se concretizar, não afasta a imprescindibilidade do destinatário sentir-se, realmente, temeroso. O resultado naturalístico que pode ocorrer é a ocorrência do mal injusto e grave, que seria somente o exaurimento do delito”* (Código Penal Comentado, 2017, p. 519).

Destarte, emerge demonstrada a subsunção da conduta do apelante às formas puníveis (por duas vezes) no art. 33, *caput* c.c. art. 40, III, ambos da Lei nº 11.343/06 e art. 147, *caput*, do Código Penal 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.

Na primeira fase, nos termos do artigo 59, *caput*, do Código Penal c.c. artigo 42 da Lei de Drogas, o MM. Juiz *a quo* fixou as penas-base para os crimes de tráfico no mínimo legal, em 05 (cinco) anos e 500 (quinhentos) dias-multa, não consideradas circunstâncias judiciais negativas.

Para o crime do art. 147, *caput*, do Código Penal, o i. Magistrado elevou a reprimenda em 1/6, fixando a pena-base em 01 (um) mês e 05 (cinco) dias de detenção, *“uma vez que a ameaça foi proferida pelo réu contra um policial civil, no exercício de suas funções, elevando o desvalor da sua conduta, posto a ignorar a autoridade da vítima, ofendendo, de forma secundária, o próprio Estado”*, circunstância apta a elevar o grau de reprovação do injusto penal.

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, ausentes agravantes e atenuantes, as reprimendas se mantiveram incólumes.

Na derradeira fase, para a ameaça, não verificadas circunstâncias modificadoras, a sanção restou estabelecida tal como fixada anteriormente.

Prosseguindo, para o tráfico, ausentes causas diminuição, a majorante prevista no art. 40, III da Lei nº 11.343/06 ensejou a exasperação da sanção em 1/6 para o tráfico, resultando em 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa.

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.

Na hipótese *sub judice*, a condenação abrangeu a prática de dois delitos de tráficos majorados, praticados em momentos distintos, ambos nas proximidades de três instituições de ensino, a evidenciar que o réu se dedica às atividades criminosas.

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 iniciante no tráfico de drogas.

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

Por reconhecer o cúmulo material, o i. Magistrado somou as reprimendas impostas pelos tráficos, à luz do art. 69 do Código Penal, resultando em 11 (onze) anos e 08 (oito) meses de reclusão e 1166 (um mil e cento e sessenta e seis) dias-multa.

Neste ponto, merece reforma a r. sentença, pois, inobstante o agente tenha praticado, mediante mais de uma ação, dois crimes da mesma espécie, pelas condições de tempo, lugar e maneira de execução, deve o segundo ser havido como continuação do primeiro, afastando-se o concurso material.

Na hipótese, trata-se de duas condutas, consistentes em ter em depósito a droga comumente denominada maconha, no interior da residência do réu, com lapsos de tempo muito próximos (20/10/2023 e 13/12/2023), com unidade de desígnios, motivo pelo qual resta configurado o crime continuado simples, *ex vi* do art. 71, *caput*, do Código Penal. Nesse sentido: “*Afirma Nélson Hungria, com inteira razão, ser necessária para a configuração do requisito temporal 'uma certa continuidade no temo', ou seja, uma determinada 'periodicidade', que imponha um 'certo ritmo', entre as ações sucessivas (...). Imagine-se o agente que comete vários delitos com intervalos regulares de dois meses entre eles. Merece o benefício do crime continuado, mesmo havendo mais de um mês entre os delitos, pois foi observado um ritmo preciso entre todos*”. (NUCCI, Guilherme de Souza, *Código Penal Comentado*, Ed. Forense, 2024, p. 458).

Em hipótese congênere, já se pronunciou a jurisprudência:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL.
EXECUÇÃO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES.
RECONHECIMENTO DA CONTINUIDADE DELITIVA PELO

TRIBUNAL *A QUO*. AFASTAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE EXAME APROFUNDADO DE PROVAS VEDADO EM RECURSO ESPECIAL, A TEOR DA SÚMULA N. 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. O Superior Tribunal de Justiça firmou orientação no sentido de que, para o reconhecimento da ficção jurídica em análise, além de preenchidos os requisitos de natureza objetiva, deve existir um **dolo unitário ou global que torne coesas todas as infrações perpetradas, por meio da execução de um plano preconcebido**, adotando, assim, a teoria mista ou objetivo-subjetiva.

2. No caso em apreço, o Tribunal a quo entendeu pelo reconhecimento da continuidade delitiva, pois presentes os requisitos objetivo e subjetivo. Destacou-se que **os entorpecentes foram apreendidos na residência da recorrida com intervalo de tempo de apenas 17 dias**.

Constatou-se, ainda, **a presença de unidade de desígnios**, uma vez que os agentes públicos responsáveis pelas apreensões narraram, de modo uníssono, que possuíam informação de que a insurgente praticava a mercancia espúria em sua residência, desde a prisão de seu companheiro.

3. Para afastar o entendimento adotado no acórdão objurgado, seria necessário o revolvimento de matéria probatória, vedado em recurso especial, a teor da Súmula n. 7/STJ.

4. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no REsp n. 2.046.445/SC, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 14/8/2023, DJe de 16/8/2023, g.n.)

Desse modo, tratando-se de dois delitos, nos moldes do enunciado da Súmula nº 659 do C. Superior Tribunal de Justiça, de rigor a exasperação da pena em 1/6, totalizando 6 (seis) anos, 9 (nove) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e 680

(seiscentos e oitenta) dias-multa.

Prosseguindo, configurado o cúmulo material, a soma das sanções estabelecidas para o tráfico e ameaça resulta em 6 (seis) anos, 9 (nove) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, 01 (um) mês e 05 (cinco) dias de detenção e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa.

Por fim, devidamente eleito o regime inicial fechado para cumprimento da pena relativa ao tráfico e semiaberto para a ameaça, 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 presença de circunstâncias judiciais negativas, a obstarem a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, nos termos do artigo 44 do referido diploma legal.

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.)

Diante de tais considerações, **nega-se provimento** ao recurso interposto pela d. Defesa, e *ex officio*, altera-se a capitulação legal, para condenar o réu **Fernando dos Santos Zalkauskas** como incurso no artigo 33, *caput*, c.c. art. 40, III, ambos da Lei nº 11.343/2006, por duas vezes, na forma do art. 71, *caput*, do Código Penal, e art. 147, *caput*, nos termos do art. 69, *caput*, ambos do Código Penal, readequando-se a reprimenda imposta para **6 (seis) anos, 9 (nove) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, 01 (um) mês e 05 (cinco) dias de detenção e 680 (seiscentos e oitenta) dias-multa**, mantendo-se, no mais, a r. sentença por seus próprios fundamentos.

FREDDY LOURENÇO RUIZ COSTA

Relator