

Documento:649761 Poder Judiciário JUSTIÇA ESTADUAL Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins GAB. DO DES. MARCO VILLAS BOAS Apelação Criminal (PROCESSO ORIGINÁRIO EM MEIO ELETRÔNICO) Nº 0003359-57.2021.8.27.2729/TO PROCESSO ORIGINÁRIO: Nº 0003359-57.2021.8.27.2729/TO RELATOR: Desembargador MARCO ANTHONY STEVESON VILLAS BOAS APELANTE: GESSICA GONÇALVES MIRANDA ROCHA (RÉU) ADVOGADO: ESTELAMARIS POSTAL (DPE) APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO (AUTOR) VOTO Conforme relatado, trata-se de Apelação, interposta por GESSICA GONÇALVES MIRANDA ROCHA, em face da Sentença que o condenou à pena privativa de liberdade de 2 (dois) anos de reclusão, em regime aberto, bem como ao pagamento de 200 (duzentos) dias-multa, pela prática do crime previsto no artigo 33, caput, da Lei no 11.343, de 2006, substituída por restritivas de direito. Consta na Denúncia que, no dia 29/8/2020, por volta das 17h15, na Rua NS-14, Quadra T-31, Conjunto 29, Lote 10, Jardim Taquari, nesta Capital, a apelante foi flagrada, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, auxiliando alguém ao uso indevido de droga, consistente em diversas porções e tabletes de maconha, em formatos prensados e fragmentados, com massa líquida total de 1,297 kg (um quilograma e duzentos e noventa e sete gramas), conforme auto de prisão em flagrante, depoimentos do condutor e testemunha, interrogatório e Laudo de Exame Pericial de Constatação de Substância no 4620/2020. A Denúncia foi recebida em 31/8/2021 e a Sentença exarada em 1/7/2022. Após ter sido condenado, a apelante interpôs o presente recurso. Em suas razões recursais, pugna: a) preliminarmente, pela concessão dos benefícios da gratuidade da justiça; II) pelo reconhecimento da absoluta nulidade da prova produzida, tendo em vista estar eivada de vício insanável por afrontar Direitos Fundamentais constitucionalmente assegurados pela nossa Constituição Federal, pois houve flagrante violação das mensagens do celular, e consequentemente a devida absolvição; III) pela aplicação da causa de redução da pena, referente ao tráfico privilegiado em seu grau máximo. Nas Contrarrazões e no Parecer da Procuradoria Geral de Justiça, o MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL defende o parcial provimento do apelo para apenas para que a causa de diminuição do tráfico privilegiado seja aplicada no grau máximo. De início, cumpre salientar que a preliminar de nulidade não comporta acolhimento. Conforme visto, a instância de origem afastou a alegação de nulidade pela violação do conteúdo de mensagens de celular, considerando que houve a autorização por parte do corréu. Não se tem, pois, demonstração de prova inicial ilícita por acesso desautorizado aos dados dos equipamentos de telefonia celular. Nesse contexto, reitere-se, diante do acesso franqueado pelo proprietário do aparelho telefônico para extração de dados pela perícia técnica da Polícia Civil, não há que se falar em ilicitude das provas colhidas pela autoridade policial. Sobre o tema: AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. ACESSO AOS DADOS DO CELULAR DO CORRÉU, TITULAR DO DIREITO AO SIGILO. AUTORIZAÇÃO. AGRAVO DESPROVIDO. 1. "O acesso da polícia às mensagens de texto transmitidas pelo telefone celular, com a devida autorização dos réus, afasta a ilicitude da prova obtida" (STJ, AgRg no HC n. 641.763/PR, relator Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 2/3/2021, DJe 5/3/2021). "(...) 2. No presente caso, não se vislumbra a demonstração de prova inicial ilícita por acesso não autorizado aos dados dos equipamentos de telefonia celular, isso porque o corréu franqueou à autoridade policial o acesso às mensagens constantes de seu telefone celular, o que possibilitou colher elementos de prova do envolvimento do agravante e outros na

empreitada criminosa. 3. Agravo regimental desprovido. (STJ, AgRg no AgRg no HC 614.043/MS, de minha relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 19/04/2022, DJe 26/04/2022.) Por conseguinte, a apelante postula a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do artigo 33 da Lei no 11.343, 2006, em seu grau máximo, aduzindo a presença dos requisitos autorizadores. Neste ponto, a apelante, de fato, possui razão. Ao fixar a pena na Sentença, o magistrado estabeleceu como pena-base (1ª fase) 5 anos de reclusão e 500 dias-multa. Ausentes circunstâncias atenuantes e agravantes (2ª fase) manteve a pena base de 5 anos. Na 3ª fase, na causa de diminuição da pena, entendeu por bem fixar o percentual de 3/5, com o seguinte fundamento: “Reconheço a causa de redução de pena prevista no artigo 33, § 4º da Lei n.º 11.343/06, e o faço em patamar um pouco abaixo do máximo por haver indícios de que a ré se dedique a atividades criminosas, a ver da sua ficha criminal, mesmo que sem portar ainda sentença com trânsito em julgado. Reduzo a pena em 3/5.” Ocorre que o Superior Tribunal de Justiça já decidiu, em sede de recursos repetitivos (Tema 1139), que inquéritos ou ações penais em curso, sem condenação definitiva, não constituem fundamentos idôneos para afastar ou modular a fração de diminuição de pena do tráfico privilegiado, sob pena de violação do princípio constitucional da presunção de inocência: “RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 33, § 4.º, DA LEI N. 11.343/06. INQUÉRITO E AÇÕES PENAS EM CURSO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. PRECEDENTES. RECURSO ESPECIAL PROVIDO, COM FIXAÇÃO DE TESE REPETITIVA. 1. A aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/06 constitui direito subjetivo do Acusado, caso presentes os requisitos legais, não sendo possível obstar sua aplicação com base em considerações subjetivas do juiz. É vedado ao magistrado instituir outros requisitos além daqueles expressamente previstos em lei para a sua incidência, bem como deixar de aplicá-la se presentes os requisitos legais. 2. A tarefa do juiz, ao analisar a aplicação da referida redução da pena, consiste em verificar a presença dos requisitos legais, quais sejam: primariedade, bons antecedentes, ausência de dedicação a atividades criminosas e de integração a organização criminosa. A presente discussão consiste em examinar se, na análise destes requisitos, podem ser considerados inquéritos e ações penais ainda em curso. 3. Diversamente das decisões cautelares, que se satisfazem com a afirmação de simples indícios, os comandos legais referentes à aplicação da pena exigem a afirmação peremptória de fatos, e não a mera expectativa ou suspeita de sua existência. Por isso, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem rechaçado o emprego de inquéritos e ações penais em curso na formulação da dosimetria da pena, tendo em vista a indefinição que os caracteriza. 4. Por expressa previsão inserta no art. 5.º, inciso LVII, da Constituição Federal, a afirmação peremptória de que um fato criminoso ocorreu e é imputável a determinado autor, para fins técnico-penais, somente é possível quando houver o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Até que se alcance este marco processual, escolhido de maneira soberana e inequívoca pelo Constituinte originário, a culpa penal, ou seja, a responsabilidade penal do indivíduo, permanece em estado de litígio, não oferecendo a segurança necessária para ser empregada como elemento na dosimetria da pena. 5. Todos os requisitos da minorante do art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/06 demandam uma afirmação peremptória acerca de fatos, não se prestando a existência de inquéritos e ações penais em curso a subsidiar validamente a análise de nenhum deles. 6. Para análise do requisito da primariedade, é

necessário examinar a existência de prévia condenação penal com trânsito em julgado anterior ao fato, conforme a dicção do art. 63 do Código Penal. Já a análise do requisito dos bons antecedentes, embora também exija condenação penal com trânsito em julgado, abrange a situação dos indivíduos tecnicamente primários. Quanto à dedicação a atividades criminosas ou o pertencimento a organização criminosa, a existência de inquéritos e ações penais em curso indica apenas que há investigação ou acusação pendente de análise definitiva e cujo resultado é incerto, não sendo possível presumir que essa suspeita ou acusação ainda em discussão irá se confirmar, motivo pelo qual não pode obstar a aplicação da minorante. 7. Não se pode ignorar que a utilização ilegítima de inquéritos e processos sem resultado definitivo resulta em provimento de difícil reversão. No caso de posterior arquivamento, absolvição, deferimento de institutos despenalizadores, anulação, no âmbito dos referidos feitos, a Defesa teria que percorrer as instâncias do Judiciário ajuizando meios de impugnação autônomos para buscar a incidência do redutor, uma correção com sensível impacto na pena final e cujo tempo necessário à sua efetivação causaria prejuízos sobretudo àqueles mais vulneráveis. 8. A interpretação ora conferida ao art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/06 não confunde os conceitos de antecedentes, reincidência e dedicação a atividades criminosas. Ao contrário das duas primeiras, que exigem a existência de condenação penal definitiva, a última pode ser comprovada pelo Estado-acusador por qualquer elemento de prova idôneo, tais como escutas telefônicas, relatórios de monitoramento de atividades criminosas, documentos que comprovem contatos delitivos duradouros ou qualquer outra prova demonstrativa da dedicação habitual ao crime. O que não se pode é inferir a dedicação ao crime a partir de simples registros de inquéritos e ações penais cujo deslinde é incerto. 9. Não há falar em ofensa aos princípios da individualização da pena ou da igualdade material, pois o texto constitucional, ao ordenar que ninguém pode ser considerado culpado antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, vedou que a existência de acusação pendente de análise definitiva fosse utilizada como critério de diferenciação para fins penalógicos. 10. Não se deve confundir a vedação à proteção insuficiente com uma complacência diante da atuação insuficiente dos órgãos de persecução penal. É certo que não podem ser criados obstáculos injustificáveis à atuação do Estado na defesa dos bens jurídicos cuja proteção lhe é confiada, todavia isso não legitima a dispensa do cumprimento dos ônus processuais pelos órgãos de persecução penal, não autoriza a atuação fora da legalidade e não ampara a vulneração de garantias fundamentais. Se o Estado-acusador não foi capaz de produzir provas concretas contra o Réu acerca de sua dedicação a atividades criminosas, não pode ele pretender que, ao final, esta gravosa circunstância seja presumida a partir de registros de acusações sub judice. 11. É igualmente equivocada a tentativa de se invocar uma "análise de contexto" para afastar o vício epistemológico existente na adoção de conclusões definitivas sobre fatos a partir da existência de processos sem resultado definitivo. Se outros elementos dos autos são capazes de demonstrar a dedicação a atividades criminosas, não há que se recorrer a inquéritos e ações penais em curso, portanto este argumento seria inadequado. Porém, se surge a necessidade de se invocar inquéritos e ações penais em curso na tentativa de demonstrar a dedicação criminosa, é porque os demais elementos de prova são insuficientes, sendo necessário formular a ilação de que o Acusado "não é tão inocente assim", o que não se admite em nosso ordenamento jurídico. Em síntese, a ilicitude do fundamento, que

decorre do raciocínio presuntivo contra o Réu que ele encerra, não se altera em face de outros elementos dos autos. 12. Para os fins do art. 927, inciso III, c.c. o art. 1.039 e seguintes, do Código de Processo Civil, resolve-se a controvérsia repetitiva com a afirmação da tese: "É vedada a utilização de inquéritos e/ou ações penais em curso para impedir a aplicação do art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/06". A fim de manter íntegra e coerente a jurisprudência desta Corte, nos termos do art. 926, c.c. o art. 927, § 4.º, do Código de Processo Civil/2015, fica expressamente superada a anterior orientação jurisprudencial da Terceira Seção deste Tribunal que havia sido consolidada no ERESP n. 1.431.091/SP (DJe 01/02/2017). 13. Recurso especial provido". (STJ, REsp n. 1.977.027/PR, relatora Ministra Laurita Vaz, Terceira Seção, julgado em 10/8/2022, DJe de 18/8/2022.) Posto isso, voto por dar parcial provimento à presente Apelação, a fim de, em razão da aplicação da fração de 2/3 pelo tráfico privilegiado, reduzir a pena definitiva da apelante para 1 (um) ano, 8 (oito) meses e 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, pela prática do crime previsto no artigo 33, caput, da Lei no 11.343, de 2006, mantendo inalterado os demais termos da Sentença. Documento eletrônico assinado por MARCO ANTHONY STEVESON VILLAS BOAS, Relator, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006 e Instrução Normativa nº 5, de 24 de outubro de 2011. A conferência da autenticidade do documento está disponível no endereço eletrônico <http://www.tjto.jus.br>, mediante o preenchimento do código verificador 649761v2 e do código CRC e260004d. Informações adicionais da assinatura: Signatário (a): MARCO ANTHONY STEVESON VILLAS BOAS Data e Hora: 23/11/2022, às 17:37:48 0003359-57.2021.8.27.2729 649761 .V2 Documento:649757 Poder Judiciário JUSTIÇA ESTADUAL Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins GAB. DO DES. MARCO VILLAS BOAS Apelação Criminal (PROCESSO ORIGINÁRIO EM MEIO ELETRÔNICO) Nº 0003359-57.2021.8.27.2729/TO PROCESSO ORIGINÁRIO: Nº 0003359-57.2021.8.27.2729/TO RELATOR: Desembargador MARCO ANTHONY STEVESON VILLAS BOAS APELANTE: GESSICA GONÇALVES MIRANDA ROCHA (RÉU) ADVOGADO: ESTELAMARIS POSTAL (DPE) APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO (AUTOR) EMENTA 1. APELAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. NULIDADE DAS PROVAS. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO PARA ACESSO AO CELULAR. NÃO OCORRÊNCIA. Não há que se falar em ilicitude das provas colhidas pela autoridade policial diante do acesso franqueado pelo proprietário do aparelho telefônico para extração de dados pela perícia técnica da Polícia Civil. 2. DOSIMETRIA. TERCEIRA FASE. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ARTIGO 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS. FUNDAMENTAÇÃO. INQUÉRITOS POLICIAIS EM CURSO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. APLICAÇÃO DO TEMA REPETITIVO 1139. SENTENÇA REFORMADA. É vedada a utilização de inquéritos e/ou ações penais em curso para impedir a aplicação do artigo 33, § 4º, da Lei Federal no 11.343, de 2006 (Tema Repetitivo 1139 STJ). ACÓRDÃO A a Egrégia 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins decidiu, por unanimidade, dar parcial provimento à presente Apelação, a fim de, em razão da aplicação da fração de 2/3 pelo tráfico privilegiado, reduzir a pena definitiva da apelante para 1 (um) ano, 8 (oito) meses e 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, pela prática do crime previsto no artigo 33, caput, da Lei no 11.343, de 2006, mantendo inalterado os demais termos da Sentença, nos termos do voto do (a) Relator (a). Palmas, 14 de novembro de 2022. Documento eletrônico assinado por MARCO ANTHONY STEVESON VILLAS BOAS, Relator, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006 e Instrução Normativa nº 5, de 24 de outubro de 2011. A conferência da autenticidade do documento está disponível no endereço

eletrônico <http://www.tjto.jus.br>, mediante o preenchimento do código verificador 649757v3 e do código CRC 5d8b7a17. Informações adicionais da assinatura: Signatário (a): MARCO ANTHONY STEVESON VILLAS BOAS Data e Hora: 29/11/2022, às 16:27:8 0003359-57.2021.8.27.2729 649757 .V3 Documento:649767 Poder Judiciário JUSTIÇA ESTADUAL Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins GAB. DO DES. MARCO VILLAS BOAS Apelação Criminal (PROCESSO ORIGINÁRIO EM MEIO ELETRÔNICO) Nº 0003359-57.2021.8.27.2729/TO PROCESSO ORIGINÁRIO: Nº 0003359-57.2021.8.27.2729/TO RELATOR: Desembargador MARCO ANTHONY STEVESON VILLAS BOAS APELANTE: GESSICA GONÇALVES MIRANDA ROCHA (RÉU) ADVOGADO: ESTELAMARIS POSTAL (DPE) APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO (AUTOR) RELATÓRIO Trata-se de Apelação, interposta por GESSICA GONÇALVES MIRANDA ROCHA, em face da Sentença que o condenou à pena privativa de liberdade de 2 (dois) anos de reclusão, em regime aberto, bem como ao pagamento de 200 (duzentos) dias-multa, pela prática do crime previsto no artigo 33, caput, da Lei no 11.343, de 2006, substituída por restritivas de direito. Consta na Denúncia que, no dia 29/8/2020, por volta das 17h15, na Rua NS-14, Quadra T-31, Conjunto 29, Lote 10, Jardim Taquari, nesta Capital, a apelante foi flagrada, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, auxiliando alguém ao uso indevido de droga, consistente em diversas porções e tabletes de maconha, em formatos prensados e fragmentados, com massa líquida total de 1,297 kg (um quilograma e duzentos e noventa e sete gramas), conforme auto de prisão em flagrante, depoimentos do condutor e testemunha, interrogatório e Laudo de Exame Pericial de Constatação de Substância no 4620/2020. A Denúncia foi recebida em 31/8/2021 e a Sentença exarada em 1/7/2022. Após ter sido condenado, a apelante interpôs o presente recurso. Em suas razões recursais, pugna: a) preliminarmente, pela concessão dos benefícios da gratuidade da justiça; II) pelo reconhecimento da absoluta nulidade da prova produzida, tendo em vista estar eivada de vício insanável por afrontar Direitos Fundamentais constitucionalmente assegurados pela nossa Constituição Federal, pois houve flagrante violação das mensagens do celular, e conseqüentemente a devida absolvição; III) pela aplicação da causa de redução da pena, referente ao tráfico privilegiado em seu grau máximo. Nas Contrarrazões e no Parecer da Procuradoria Geral de Justiça, o MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL defende o parcial provimento do apelo para apenas para que a causa de diminuição do tráfico privilegiado seja aplicada no grau máximo. É o relatório. À revisão. Documento eletrônico assinado por MARCO ANTHONY STEVESON VILLAS BOAS, Relator, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006 e Instrução Normativa nº 5, de 24 de outubro de 2011. A conferência da autenticidade do documento está disponível no endereço eletrônico <http://www.tjto.jus.br>, mediante o preenchimento do código verificador 649767v3 e do código CRC 4e3eafe5. Informações adicionais da assinatura: Signatário (a): MARCO ANTHONY STEVESON VILLAS BOAS Data e Hora: 20/10/2022, às 18:23:50 0003359-57.2021.8.27.2729 649767 .V3 Extrato de Ata Poder Judiciário Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins EXTRATO DE ATA DA SESSÃO ORDINÁRIA DE 14/11/2022 Apelação Criminal (PROCESSO ORIGINÁRIO EM MEIO ELETRÔNICO) Nº 0003359-57.2021.8.27.2729/TO RELATOR: Desembargador MARCO ANTHONY STEVESON VILLAS BOAS REVISORA: Desembargadora ANGELA MARIA RIBEIRO PRUDENTE PRESIDENTE: Desembargador ADOLFO AMARO MENDES PROCURADOR (A): MARCO ANTÔNIO ALVES BEZERRA APELANTE: GESSICA GONÇALVES MIRANDA ROCHA (RÉU) ADVOGADO: ESTELAMARIS POSTAL (DPE) APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO (AUTOR) Certifico que a 1ª CÂMARA CRIMINAL,

ao apreciar os autos do processo em epígrafe, proferiu a seguinte decisão:
SOB A PRESIDÊNCIA DO DESEMBARGADOR ADOLFO AMARO MENDES, A 1ª TURMA
JULGADORA DECIDIU, POR UNANIMIDADE, DAR PARCIAL PROVIMENTO À PRESENTE
APELAÇÃO, A FIM DE, EM RAZÃO DA APLICAÇÃO DA FRAÇÃO DE 2/3 PELO TRÁFICO
PRIVILEGIADO, REDUZIR A PENA DEFINITIVA DA APELANTE PARA 1 (UM) ANO, 8
(OITO) MESES E 166 (CENTO E SESENTA E SEIS) DIAS-MULTA, PELA PRÁTICA DO
CRIME PREVISTO NO ARTIGO 33, CAPUT, DA LEI Nº 11.343, DE 2006, MANTENDO
INALTERADO OS DEMAIS TERMOS DA SENTENÇA. RELATOR DO ACÓRDÃO:
Desembargador MARCO ANTHONY STEVESON VILLAS BOAS Votante: Desembargador
MARCO ANTHONY STEVESON VILLAS BOAS Votante: Desembargadora ANGELA MARIA
RIBEIRO PRUDENTE Votante: Juiz JOCY GOMES DE ALMEIDA WANDELBERTE RODRIGUES
DE OLIVEIRA Secretário