

Poder Judiciário JUSTIÇA ESTADUAL Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins GAB. DA DESA.

Apelação Criminal (PROCESSO ORIGINÁRIO EM MEIO ELETRÔNICO) Nº 0007651-91.2020.8.27.2706/TO

RELATORA: Desembargadora

APELANTE: (RÉU) E OUTRO

ADVOGADO (A): (OAB T0006758)

ADVOGADO (A): (OAB T0006358)

APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO (AUTOR)

VOTO

EMENTA: DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. PRELIMINAR NULIDADE. ACESSO AOS DADOS DE APARELHO CELULAR APREENDIDO. CONSENTIMENTO EXPRESSO DO RECORRENTE. INEXISTÊNCIA DE NULIDADE DAS PROVAS. TRÁFICO PRIVILEGIADO. INAPLICABILIDADE. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA IMPUTADA. REDUÇÃO DA PENA DE MULTA. NÃO ACOLHIMENTO. MULTA FIXADA PROPORCIONALMENTE A PENA APLICADA. ALTERAÇÃO DO REGIME INICIAL. IMPOSSIBILIDADE. EM CONFORMIDADE COM O ARTIGO 33, § 1º, B, DO CÓDIGO PENAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. QUANTUM DA PENA SUPERIOR. SENTENÇA MANTIDA.

I. CASO EM EXAME

1. Apelações criminais interpostas contra sentença condenatória que impõe aos Recorrentes penas de 5 anos de reclusão em regime semiaberto e pagamento de 500 dias-multa pela prática do crime de tráfico de drogas, previsto no art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

3. Há três questões em discussão: (i) saber se há nulidade das provas obtidas a partir do consentimento para acesso ao celular do Recorrente; (ii) saber se os Recorrentes atendem aos requisitos do tráfico privilegiado, conforme § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006; (iii) discutir a redução da pena de multa, a alteração do regime inicial de cumprimento da pena e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

III. RAZÕES DE DECIDIR

4. Apreensão do celular decorreu de busca e apreensão autorizada judicialmente e do consentimento expresso do Recorrente, eliminando qualquer nulidade. Jurisprudência do STJ reafirma validade da prova em casos semelhantes.

5. A aplicação do tráfico privilegiado exige o cumprimento de requisitos cumulativos (primariedade, bons antecedentes, não dedicação à atividade criminosa ou integração a organização criminosa). Elementos constantes dos autos demonstram a dedicação dos Recorrentes às atividades criminosas, inviabilizando a aplicação do benefício.

6. A pena de multa é espécie de sanção penal de aplicação cogente, não sendo passível de redução por incapacidade financeira do réu.

7. Mantido o regime semiaberto, diante da pena imposta, e afastado a substituição da pena privativa de liberdade devida à pena prevista acima de 4 anos.

IV. Dispositivo e tese

8. Sentença mantida.

Dispositivos relevantes citados: CF/1988, art. 5º, X, XII e LXIII; PCP, art. 244; Lei nº 11.343/2006, art. 33, § 4º.

Jurisprudência relevante: STJ, AgRg no HC 617719/RJ, Rel. Min. , T6, j.

26.06.2023; STJ, RHC 77232/SC, Rel. Min. , T5, j. 03.10.2017.

I – ADMISSIBILIDADE

Os recursos de apelação interpostos pelos Recorrentes e atendem aos requisitos de admissibilidade e merecem conhecimento, por quanto são próprios e tempestivos, além de estarem acompanhados de impugnação específica aos termos da sentença condenatória proferida pelo Juízo da 2ª Vara Criminal da Comarca de Araguaína/TO.

II – MÉRITO

Conforme relatado, trata-se de apelações criminais interpostas contra a sentença que condenou os apelantes à pena de 5 anos de reclusão, em regime semiaberto, e ao pagamento de 500 dias-multa, pela prática do crime de tráfico de drogas, previsto no art. . 33, caput, da Lei nº 11.343/2006.

pleiteia a nulidade das provas obtidas por suposta violação aos princípios da não autoincriminação e da privacidade, bem como, subsidiariamente, o reconhecimento do tráfico privilegiado. , por sua vez, requer o reconhecimento do tráfico privilegiado, argumentando ser primário, de bons antecedentes e não se dedicar a atividades criminosas. Da suposta nulidade

A defesa do Recorrente argumenta a ocorrência de violação do artigo 5º, LXIII, da Constituição Federal, sustentando que ele não foi ouvido na condição de investigado e não estava acompanhado de advogado quando da autorização fornecida de acesso ao seu telefone celular.

Evidente que nos crimes de tráfico de drogas e associação ao tráfico de drogas, as investigações pelos meios comuns por vezes não prosperam como o esperado, sendo necessária a busca de mais informações por meio dos registros dos aparelhos celulares dos envolvidos.

Cumprе salientar que a apreensão do referido aparelho telefônico não se deu por acaso. O Recorrente foi preso em flagrante porque teria ajudado e outros na consecução de um crime de extorsão mediante sequestro contra o gerente dos Correios de Itacajá-TO. Assim, havia investigação pretérita, que levou a realização de busca e apreensão na residência daquele.

Do exame dos autos de origem, é possível constatar que há consentimento do Recorrente formalizado nos Autos nº 00244837320188272706 (evento 1) que, por sua vez, gerou o deferimento da busca e apreensão (Autos nº 00128710720198272706).

Nessas condições, forçoso reconhecer que não há ocorrência de nulidade por ilicitude da prova, não sendo cabível a absolvição.

Neste sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. CRIMES DE LAVAGEM DE DINHEIRO, TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O MESMO FIM. APREENSÃO DE MAIS DE 250KG (DUZENTOS E CINQUENTA QUILOGRAMAS) DE COCAÍNA. NULIDADE. ALEGAÇÃO DE ILICITUDE DA PROVA. MENSAGENS CONTIDAS NO APARELHO CELULAR. ANTERIOR AUTORIZAÇÃO JUDICIAL E FRANQUEAMENTO DE ACESSO AO APARELHO PELO CORRÉU. INEXISTÊNCIA DE VÍCIO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. Consta dos autos que os dados acerca da identidade do agravante foram obtidos por meio da extração de dados de celulares apreendidos em razão da prisão dos corréus, que foi devidamente autorizada pelo juízo competente, assim como foi deferida a ação controlada, nos termos do art. 3º da Lei n. 12.850/2014.2. Além da autorização judicial, no interrogatório do corréu foi expressamente franqueado o acesso aos dados armazenados em seu aparelho celular, que continham as mensagens trocadas com o recorrente.3. Não houve violação do conteúdo de mensagens de celular, considerando a anterior autorização judicial, além do franqueamento de acesso ao aparelho por meio

do corréu, feito perante o magistrado de piso, razão pela qual não há que se falar em ilicitude das provas colhidas pela autoridade policial.4. Se consta do processo que foi franqueado o acesso ao celular do corréu por ele próprio, não compete a este Tribunal interpretativo promover qualquer incursão na matéria fática, que já está resolvida pelas instâncias ordinárias. "A jurisprudência desta Corte Superior tem firme entendimento quanto à necessidade de autorização judicial para o acesso a dados ou conversas de aplicativos de mensagens instalados em celulares apreendidos durante flagrante delito, ressaltando as circunstâncias em que houve a voluntariedade do detentor, como na hipótese. (AgRg no RHC n. 153.021/SP, relator Ministro , Quinta Turma, DJe de 2/3/2022.) [...] Modificar tais premissas demandaria o revolvimento de todo o material fático/probatório dos autos, o que é vedado em sede de habeas corpus" (AgRg no HC n. 690.792/SP, relator Ministro , Quinta Turma, julgado em 14/6/2022, DJe de 20/6/2022.) 5. Quanto à alegação de que o acesso aos dados do aparelho celular pertencente ao corréu ocorreu antes da decisão autorizativa, observei que tal alegação não foi objeto de apreciação pelo Tribunal de origem no julgamento da apelação defensiva (e-STJ fls. 1736/1759) e nem nos embargos de declaração (e-STJ fls. 1805/1822).Desse modo, fica impossibilitada a manifestação deste Sodalício, sobrepujando a competência do Tribunal estadual, sob pena de configuração do chamado habeas corpus per saltum, a ensejar verdadeira supressão de instância e violação aos princípios do duplo grau de jurisdição e do devido processo legal substancial.6. Agravo regimental desprovido. (STJ – AgRg no HC: 617719 RJ 2020/0262934–5, Relator: , Data de Julgamento: 26/06/2023, T6 – SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 28/06/2023)

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO AO TRÁFICO. DADOS ARMAZENADOS NO APARELHO CELULAR. INAPLICABILIDADE DO ART. 5º, XII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E DA LEI N. 9.296/96. PROTEÇÃO DAS COMUNICAÇÕES EM FLUXO. DADOS ARMAZENADOS. INFORMAÇÕES RELACIONADAS À VIDA PRIVADA E À INTIMIDADE. INVIOABILIDADE. ART. 5º, X, DA CARTA MAGNA. ACESSO E UTILIZAÇÃO. NECESSIDADE DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. INTELIGÊNCIA DO ART. 3º DA LEI N. 9.472/97 E DO ART. 7º DA LEI N. 12.965/14. TELEFONE CELULAR APREENDIDO EM CUMPRIMENTO A ORDEM JUDICIAL DE BUSCA E APREENSÃO. DESNECESSIDADE DE NOVA AUTORIZAÇÃO JUDICIAL PARA ANÁLISE E UTILIZAÇÃO DOS DADOS NELES ARMAZENADOS. RECURSO NÃO PROVIDO. I – O sigilo a que se refere o art. 5º, XII, da Constituição da Republica é em relação à interceptação telefônica ou telemática propriamente dita, ou seja, é da comunicação de dados, e não dos dados em si mesmos. Desta forma, a obtenção do conteúdo de conversas e mensagens armazenadas em aparelho de telefone celular ou smartphones não se subordina aos ditames da Lei n. 9.296/96. II – Contudo, os dados armazenados nos aparelhos celulares decorrentes de envio ou recebimento de dados via mensagens SMS, programas ou aplicativos de troca de mensagens (dentre eles o "WhatsApp"), ou mesmo por correio eletrônico, dizem respeito à intimidade e à vida privada do indivíduo, sendo, portanto, invioláveis, no termos do art. 5º, X, da Constituição Federal. Assim, somente podem ser acessados e utilizados mediante prévia autorização judicial, nos termos do art. 3º da Lei n. 9.472/97 e do art. 7º da Lei n. 12.965/14. III – A jurisprudência das duas Turmas da Terceira Seção deste Tribunal Superior firmou-se no sentido de ser ilícita a prova obtida diretamente dos dados constantes de aparelho celular, decorrentes de mensagens de textos SMS, conversas por meio de programa ou aplicativos ("WhatsApp"), mensagens enviadas ou recebidas por meio de correio

eletrônico, obtidos diretamente pela polícia no momento do flagrante, sem prévia autorização judicial para análise dos dados armazenados no telefone móvel. IV – No presente caso, contudo, o aparelho celular foi apreendido em cumprimento a ordem judicial que autorizou a busca e apreensão nos endereços ligados aos corréus, tendo a recorrente sido presa em flagrante na ocasião, na posse de uma mochila contendo tablets de maconha. V – Se ocorreu a busca e apreensão dos aparelhos de telefone celular, não há óbice para se adentrar ao seu conteúdo já armazenado, porquanto necessário ao deslinde do feito, sendo prescindível nova autorização judicial para análise e utilização dos dados neles armazenados. Recurso ordinário não provido. (STJ – RHC: 77232 SC 2016/0270659-2, Relator: Ministro , Data de Julgamento: 03/10/2017, T5 – QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 16/10/2017)

Além disso, aplica-se o princípio do “pas de nullité sans luto”, que impede a declaração de nulidade sem demonstração de prejuízo efetivo à defesa, conforme preceitua o artigo 563 do Código de Processo Penal. Inexistindo demonstração de qualquer prejuízo, não merece acolhida a alegação de nulidade arguida.

Do pedido de aplicação do benefício do tráfico privilegiado

Segundo e, em se tratando do pedido de aplicação do tráfico privilegiado, prevê o § 4º, do artigo 33, da Lei 11.343/06:

§ 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos , desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

Analisando a fundamentação contida na sentença prolatada, vê-se que o Juiz de origem agiu com acerto ao afastar a causa especial de diminuição de pena.

O Recorrente foi condenado pela prática do crime de tráfico de drogas (Autos nº 0018809-80.2019.8.27.2706).

Apesar de não haver nos autos registros de condenações criminais em desfavor do Recorrente , há evidências de que ele se dedicava às atividades criminosas.

As investigações realizadas pela Polícia Federal apontaram pela ocorrência do crime de tráfico de drogas, culminando com a apreensão de porções fracionadas para a venda da substância maconha e anotações diversas referentes a venda de drogas.

Ademais, os depoimentos dos policiais e a perícia no aparelho celular apreendido reforçaram a comprovação da dedicação de ambos os Recorrentes às atividades criminosas.

Nessas condições, forçoso reconhecer que tais situações configuram circunstâncias suficientes para a não aplicação do tráfico privilegiado.

No mesmo sentido, o entendimento das Cortes Superiores:

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. BUSCA EM VEÍCULO AUTOMOTOR. FUNDADA SUSPEITA NOS TERMOS DO CPP. LEGALIDADE. FUNDAMENTAÇÃO A QUO SUFICIENTE. CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO. DOSIMETRIA. PEN A-B ADE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. QUANTIDADE E NATUREZA DO ENTORPECENTE. ANTECEDENTES CRIMINAIS. LEGALIDADE. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. INVIABILIDADE. REGIME MAIS GRAVOSO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. NÃO OCORRÊNCIA. 1. Com relação à busca veicular, o Superior Tribunal de Justiça entende ser equiparada à busca pessoal, e o art. 244 do CPP assevera que "a busca pessoal independerá de mandado, no caso de prisão ou

quando houver fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito, ou quando a medida for determinada no curso de busca domiciliar". Precedente. 2. No caso, os policiais mencionaram o fato de que, durante patrulhamento no Conjunto Lourival Batista – por determinação do Comando de Policiamento da Capital (PM/SE) –, flagraram o veículo conduzido pelo paciente parado em via pública, no período noturno, em região de intenso tráfico de drogas. 3. Quanto à pena-base, considerando que a instância ordinária utilizou fundamentação idônea para aumentar a pena – natureza e quantidade de drogas, nos termos do art. 42 da Lei de Drogas, além de uma condenação apta ao reconhecimento de maus antecedentes – e aplicou um critério dentro da discricionariedade vinculada que lhe é assegurada pela lei, não há falar em violação do art. 59 do Código Penal. 4. Há fundamentação idônea para obstar a incidência do redutor, pois as instâncias de origem destacaram o fato de o paciente ostentar condenação definitiva pela prática do crime descrito no art. 297 do CP, nos autos de n. 201020100351, circunstância apta a caracterizar maus antecedentes e, por conseguinte, vedar a incidência da minorante em comento. 5. No tocante ao regime inicial, a reprimenda definitiva imposta (superior a 8 anos), aliada à existência de circunstância judicial desfavorável, é suficiente para justificar a imposição do regime fechado, nos termos do art. 33, §§ 2º, a, e 3º, c/c o art. 59, ambos do Código Penal. Por igual fundamento, incabível sursis e substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, consoante os arts. 44, II e III, e 77, I, ambos do Código Penal. 6. Agravo regimental improvido. (STJ – AgRg no HC: 828045 SE 2023/0189622-5, Relator: Ministro , Data de Julgamento: 28/08/2023, T6 – SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 31/08/2023)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. NEGATIVA DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. AÇÕES PENAIS EM ANDAMENTO. FUNDAMENTO IDÔNEO. PRECEDENTES. REVISÃO DO JULGADO. IMPOSSIBILIDADE. 1. Segundo a pacífica jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, admite-se a consideração de ações penais em curso para se concluir que o acusado pelo crime de tráfico de drogas se dedica a atividades criminosas, circunstância que afasta a aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 (AgRg no AREsp n. 1.020.529/BA, Ministro , Quinta Turma, DJe 28/4/2017). 2. Na espécie, a despeito da quantidade não relevante de entorpecente (33g de crack e 7g de maconha), correta a negativa ao benefício do tráfico privilegiado em razão dos agravantes ostentarem, cada um, duas anotações penais inclusive pelo mesmo delito com condenações pendentes de definitividade. 3. Agravo regimental improvido. (STJ – AgRg no REsp: 1902766 SP 2020/0282971-6, Relator: Ministro , Data de Julgamento: 23/02/2021, T6 – SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 26/02/2021)

Este também é o entendimento deste Tribunal de Justiça:

EMENTA. 1. (...) 2. DOSIMETRIA. PLEITO DE APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. INVIABILIDADE. MAUS ANTECEDENTES. NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. PRECEDENTES DO STJ. 2.1. Para a aplicação da benesse do artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343, de 2006, exigem-se como requisitos cumulativos, que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas ou faça parte de organização criminosa. 2.2. A natureza da droga apreendida, assim como as circunstâncias do artigo 59, do Código Penal, que atestam os maus antecedentes do réu, podem ser utilizadas para o impedimento da incidência da minorante, o que impede o acolhimento da tese do tráfico privilegiado,

para fins de redução da pena (Precedentes do Superior Tribunal de Justiça). (Apelação Criminal (PROCESSO ORIGINÁRIO EM MEIO ELETRÔNICO) 0001369-08.2015.8.27.2740, Rel. , GAB. DO DES. , julgado em 05/04/2022, DJe 18/04/2022 17:30:21)

EMENTA. APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PLEITO PELA APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ARTIGO 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. TRÁFICO PRIVILEGIADO. INVIABILIDADE. ATOS INFRACIONAIS. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA EM ABERTO OU SEMIABERTO. REVISÃO DA PENA. SENTENÇA CONDENATÓRIA MANTIDA NOS SEUS EXATOS TERMOS. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. 1 – Embora não seja possível sopesar os atos infracionais para considerar o réu reincidente ou portador de maus antecedentes, o mesmo não se aplica à aferição da dedicação do acusado a atividades criminosas, visto que a prática de atos análogos a crimes, ainda que enquanto menor de idade, é capaz de evidenciar o seu reiterado envolvimento em práticas ilícitas, sendo elemento idôneo para afastar a figura do tráfico privilegiado previsto no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06. 2 – Ressalte-se que os atos infracionais utilizados pelo magistrado 'a quo' como referência são exatamente os análogos ao crime de tráfico, hábeis a demonstrar que o Apelante delinquia com habitualidade. 3 – A redução da pena, prevista no § 4º, do art. 33 da Lei de Drogas, foi afastada em consonância com as diretrizes inscritas na referida Lei, de forma motivada e proporcional, levando em consideração a variedade, quantidade e qualidade das drogas apreendidas (430g de maconha), além dos maus antecedentes do Apelante. Portanto, deve ser mantida afastada a referida causa de diminuição. 4 – (...) 10 – Recurso conhecido e não provido. (Apelação Criminal (PROCESSO ORIGINÁRIO EM MEIO ELETRÔNICO) 0004321-56.2020.8.27.2716, Rel. , GAB. DA DESA. , julgado em 03/08/2021, DJe 10/08/2021 17:43:56)

Rejeito, pois, também essa tese recursal.

Do pedido de redução da multa, alteração de regime e substituição da pena Quanto ao pleito para redução da pena de multa, este não apresenta complexidade, isso porque essa Corte já possui entendimento pacificado quanto a impossibilidade de afastamento da pena pecuniária.

Necessário ressaltar que a pena de multa é uma das espécies de sanção prevista para o delito, razão pela qual a sua exclusão ou isenção viola o princípio constitucional da legalidade. Trata-se de preceito secundário contido no tipo penal incriminador.

Esse tema, aliás, já foi abordado pelo Superior Tribunal de Justiça, que firmou sua jurisprudência no seguinte sentido:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. TESES NÃO DEBATIDAS NA INSTÂNCIA ORDINÁRIA. IMPOSSIBILIDADE DE APRECIACÃO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. CONFISSÃO E REINCIDÊNCIA. COMPENSAÇÃO. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006 EM PATAMAR DIVERSO DO MÁXIMO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ISENÇÃO DA PENA DE MULTA. PACIENTES HIPOSSUFICIENTES. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. 1. 2. 3. 4. 5. 6. 7. 8. 9. Este Superior Tribunal já firmou entendimento de que a alegação de impossibilidade financeira não tem o condão de afastar a pena de multa, pois trata-se de sanção de aplicação cogente e inexistente previsão legal que possibilite a isenção do preceito secundário contido no tipo penal incriminador. 10. Habeas corpus não conhecido. Concedida a ordem, de ofício, para efetuar a compensação da atenuante de confissão espontânea com a agravante da reincidência, redimensionando a reprimenda do paciente. (STJ, 5ª turma, HC 298.188/RS, Rel. Ministro , j. em 16/04/2015, DJe

28/04/2015)

De outro lado, incabível a redução da pena de multa aplicada, uma vez que fixada proporcionalmente com a pena aplicada ao tipo penal, qual seja, no mínimo legal estabelecido em lei.

Assim, também não merecer provimento o presente pleito recursal.

Em relação ao pedido de alteração do regime inicial de cumprimento de pena tem-se que, mantidas as condenações tal qual estabelecido na sentença, cuja pena restou fixada em 5 anos de reclusão e 500 dias-multa, deve ser também mantido o regime semiaberto, nos termos dos artigos 33, § 1º, b, do Código Penal.

Por fim, incabível substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos em virtude da quantidade de pena imposta.

III – DISPOSITIVO

Ante o exposto, voto no sentido de, em consonância com o parecer ministerial de Cúpula, NEGAR PROVIMENTO aos recursos, mantendo-se a sentença recorrida em todos os seus termos.

Documento eletrônico assinado por , Relatora, 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 1216959v2 e do código CRC 846f701b. Informações adicionais da assinatura: Signatário (a): Data e Hora: 22/01/2025, às 19:41:48

0007651-91.2020.8.27.2706 1216959 .V2 Poder Judiciário JUSTIÇA ESTADUAL
Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins GAB. DA DESA.

Apelação Criminal (PROCESSO ORIGINÁRIO EM MEIO ELETRÔNICO) Nº

0007651-91.2020.8.27.2706/TO

RELATORA: Desembargadora

APELANTE: (RÉU) E OUTRO

ADVOGADO (A): (OAB TO006758)

ADVOGADO (A): (OAB TO006358)

APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO (AUTOR)

EMENTA: DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. PRELIMINAR NULIDADE. ACESSO AOS DADOS DE APARELHO CELULAR APREENDIDO. CONSENTIMENTO EXPRESSO DO RECORRENTE. INEXISTÊNCIA DE NULIDADE DAS PROVAS. TRÁFICO PRIVILEGIADO. INAPLICABILIDADE. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA IMPUTADA. REDUÇÃO DA PENA DE MULTA. NÃO ACOLHIMENTO. MULTA FIXADA PROPORCIONALMENTE A PENA APLICADA. ALTERAÇÃO DO REGIME INICIAL. IMPOSSIBILIDADE. EM CONFORMIDADE COM O ARTIGO 33, § 1º, B, DO CÓDIGO PENAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. QUANTUM DA PENA SUPERIOR. SENTENÇA MANTIDA.

I. CASO EM EXAME

1. Apelações criminais interpostas contra sentença condenatória que impõe aos Recorrentes penas de 5 anos de reclusão em regime semiaberto e pagamento de 500 dias-multa pela prática do crime de tráfico de drogas, previsto no art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

3. Há três questões em discussão: (i) saber se há nulidade das provas obtidas a partir do consentimento para acesso ao celular do Recorrente; (ii) saber se os Recorrentes atendem aos requisitos do tráfico privilegiado, conforme § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006; (iii) discutir a redução da pena de multa, a alteração do regime inicial de

cumprimento da pena e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

III. RAZÕES DE DECIDIR

4. Apreensão do celular decorreu de busca e apreensão autorizada judicialmente e do consentimento expresso do Recorrente, eliminando qualquer nulidade. Jurisprudência do STJ reafirma validade da prova em casos semelhantes.

5. A aplicação do tráfico privilegiado exige o cumprimento de requisitos cumulativos (primariedade, bons antecedentes, não dedicação à atividade criminosa ou integração a organização criminosa). Elementos constantes dos autos demonstram a dedicação dos Recorrentes às atividades criminosas, inviabilizando a aplicação do benefício.

6. A pena de multa é espécie de sanção penal de aplicação cogente, não sendo passível de redução por incapacidade financeira do réu.

7. Mantido o regime semiaberto, diante da pena imposta, e afastado a substituição da pena privativa de liberdade devida à pena prevista acima de 4 anos.

IV. Dispositivo e tese

8. Sentença mantida.

Dispositivos relevantes citados: CF/1988, art. 5º, X, XII e LXIII; PCP, art. 244; Lei nº 11.343/2006, art. 33, § 4º.

Jurisprudência relevante: STJ, AgRg no HC 617719/RJ, Rel. Min. , T6, j. 26.06.2023; STJ, RHC 77232/SC, Rel. Min. , T5, j. 03.10.2017.

ACÓRDÃO

A a Egrégia 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins decidiu, por unanimidade, em consonância com o parecer ministerial de Cúpula, NEGAR PROVIMENTO aos recursos, mantendo-se a sentença recorrida em todos os seus termos, nos termos do voto do (a) Relator (a).

Palmas, 21 de janeiro de 2025.

Documento eletrônico assinado por , Relatora, 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 1216960v3 e do código CRC 0055cc10. Informações adicionais da assinatura: Signatário (a): Data e Hora: 23/01/2025, às 17:46:05

0007651-91.2020.8.27.2706 1216960 .V3 Poder Judiciário JUSTIÇA ESTADUAL Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins GAB. DA DESA.

Apelação Criminal (PROCESSO ORIGINÁRIO EM MEIO ELETRÔNICO) Nº

0007651-91.2020.8.27.2706/TO

RELATORA: Desembargadora

APELANTE: (RÉU) E OUTRO

ADVOGADO (A): (OAB T0006758)

ADVOGADO (A): (OAB T0006358)

APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO (AUTOR)

RELATÓRIO

Trata-se de recursos de apelações criminais interpostos por e contra sentença proferida pelo Juízo da 2ª Vara Criminal da Comarca de Araguaína/TO, que os condenou à pena de 5 anos de reclusão em regime semiaberto e ao pagamento de 500 dias-multa, por incursão nas avaliações do art. 33,

caput, da Lei nº 11.343/2006, pela prática de tráfico de drogas.

Fatos: O Ministério Público denunciou os Recorrentes alegando que, em datas imprecisas entre 2018 e 2019, os mesmos venderam substâncias entorpecentes em Araguaína-TO, sem autorização e em desacordo com as determinações legais. A denúncia foi fundamentada em dados extraídos de aparelhos celulares apreendidos, os quais evidenciaram transações envolvendo maconha, cocaína, LSD e ecstasy. Na residência dos Recorrentes, foram encontradas substâncias entorpecentes e anotações relacionadas à atividade de tráfico.

Razões do recurso interposto por : O recorrente alega: a) a nulidade das provas obtidas por suposta violação ao princípio da não autoincriminação e à privacidade, pois o acesso ao celular teria ocorrido sem autorização judicial; b) pleito de absolvição por inexistência de provas válidas ou, subsidiariamente, reconhecimento de tráfico privilegiado, nos termos do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006.

Razões do recurso interposto por : O Recorrente requereu o reconhecimento do tráfico privilegiado com a consequente redução da pena. A argumentação de defesa de que o Recorrente é primário, possui bons antecedentes e não se dedica a atividades criminosas. Ressalta que a quantidade de droga encontrada com ele (25 gramas de maconha) não comprova atividade de tráfico contínuo e que a sentença não fundamentou a exclusão da minorante.

Contrarrazões do Ministério Público: O Ministério Público, em contrarrazões, defende a manutenção da sentença sob os seguintes argumentos: a) as provas foram obtidas de forma lícita, mediante consentimento dos Recorrentes; b) o tráfico privilegiado não se aplica, pois ambos se dedicavam à atividade criminosa de forma contínua, conforme demonstrado pela quantidade e diversidade de drogas apreendidas, além das conversas registradas nos celulares.

Parecer do Ministério Público em Segunda Instância: O parecer ministerial opina pelo não provimento dos recursos. Ressalta que as provas obtidas demonstram a participação ativa dos Recorrentes no tráfico de drogas e que não houve prejuízo ao direito de defesa no acesso aos aparelhos celulares. Quanto ao tráfico privilegiado, argumenta-se que as circunstâncias do caso, incluindo a natureza e a diversidade das drogas apreendidas, afastam a aplicação da minorante.

É o relatório que submeto à douta revisão, nos termos do artigo 38, III, a do Regimento Interno desta Corte.

Documento eletrônico assinado por , Relatora, 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 1216713v2 e do código CRC 2f011141. Informações adicionais da assinatura: Signatário (a): Data e Hora: 28/11/2024, às 19:0:51

0007651-91.2020.8.27.2706 1216713 .V2 Poder Judiciário Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins

EXTRATO DE ATA DA SESSÃO ORDINÁRIA PRESENCIAL DE 21/01/2025

Apelação Criminal (PROCESSO ORIGINÁRIO EM MEIO ELETRÔNICO) Nº
0007651-91.2020.8.27.2706/TO

RELATORA: Desembargadora

REVISORA: Desembargadora

PROCURADOR (A):

APELANTE: (RÉU)

ADVOGADO (A): (OAB T0006758)

ADVOGADO (A): (OAB T0006358)

APELANTE: (RÉU)

ADVOGADO (A): (OAB T0005955)

APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO (AUTOR)

Certifico que a 2ª CÂMARA CRIMINAL, ao apreciar os autos do processo em epígrafe, proferiu a seguinte decisão:

A 5ª TURMA JULGADORA DA 2ª CÂMARA CRIMINAL DECIDIU, POR UNANIMIDADE, EM CONSONÂNCIA COM O PARECER MINISTERIAL DE CÚPULA, NEGAR PROVIMENTO AOS RECURSOS, MANTENDO-SE A SENTENÇA RECORRIDA EM TODOS OS SEUS TERMOS.

RELATORA DO ACÓRDÃO: Desembargadora

Votante: Desembargadora

Votante: Desembargadora

Votante: Juiz

Secretária