

Documento:568946

Poder Judiciário

JUSTIÇA ESTADUAL

Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins

GAB. DA DESA. ANGELA PRUDENTE

Apelação Criminal (PROCESSO ORIGINÁRIO EM MEIO ELETRÔNICO) Nº
0007643-03.2019.8.27.2722/TO

RELATORA: Juíza SILVANA MARIA PARFIENIUK

APELANTE: FABIANO LOPES XAVIER (RÉU)
ADVOGADO: ESTELAMARIS POSTAL (DPE)

ORDENANTE: INSTITUTO DE IDENTIFICAÇÃO (ORDENANTE)

APELANTE: FÁBIO DA SILVA FERREIRA (RÉU)
ADVOGADO: ESTELAMARIS POSTAL (DPE)

APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO (AUTOR)

VOTO

EMENTA. APELAÇÕES CRIMINAIS. CRIMES DE FURTO E RECEPÇÃO CULPOSA. DOSIMETRIA. PENA-BASE. EXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL NEGATIVA. FIXAÇÃO DO QUANTUM POR ADOÇÃO DA TEORIA DO TERMO MÉDIO. INEXISTÊNCIA DE CRITÉRIO RÍGIDO. DISCRICIONARIEDADE VINCULADA DO MAGISTRADO.

1. O art. 59 do Código Penal não estabelece parâmetros precisos e absolutos para a análise das circunstâncias judiciais e a respectiva majoração da pena-base, cabendo ao magistrado analisá-las conforme o seu livre convencimento motivado, em busca da fixação da pena mais adequada ao fato delituoso e às especificidades do caso concreto.
2. Na hipótese, considerando-se o intervalo entre as penas mínima e máxima

abstratamente cominadas ao delito de receptação privilegiada (de 1 mês a 1 ano de detenção), não se verifica desproporcionalidade na exasperação da pena-base em 2 meses acima do mínimo legal em decorrência do desvalor dado a uma circunstância judicial, de modo que a instância ordinária utilizou fundamentação idônea para aumentar a pena e aplicou um critério dentro da discricionariedade vinculada que lhe é assegurada pela lei, não havendo o que se falar em violação aos artigos 59 e 68 do Código Penal ou ao princípio da individualização da pena. Precedentes STJ.

3. Inexiste critério legal para a fixação da pena-base acerca do quantum a ser majorado, cabendo ao Magistrado eleger o que lhe parece adequado, dentro de sua discricionariedade, desde que não se afigure desproporcional ou desarrazoado, como no caso, não havendo como censurar o sistema escolhido. Assim sendo, deve ser mantido o quantum fixado.

ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA E MENORIDADE RELATIVA. FIXAÇÃO DA PENA AQUEM DO MÍNIMO LEGAL PREVISTO PARA O TIPO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 231 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RECURSO IMPROVIDO.

4. Conforme construção doutrinária e jurisprudencial, ainda que se reconheçam as atenuantes da menoridade relativa e da confissão, tal situação não possibilita a redução da pena abaixo do mínimo previsto no tipo penal, em respeito ao princípio da legalidade da pena, uma vez que o legislador previamente traçou os limites dentro dos quais o magistrado deve fixá-la.

5. O Superior Tribunal de Justiça, a quem incumbe a uniformização da interpretação da lei federal, sacramentou tal discussão, editando a Súmula nº 231. Referido posicionamento foi reafirmado pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento do Recurso Extraordinário nº 597270, com repercussão geral reconhecida.

REGIME INICIAL. PENA FIXADA EM TRÊS MESES DE DETENÇÃO. REINCIDÊNCIA. FIXAÇÃO DO REGIME ABERTO. IMPOSSIBILIDADE. MANUTENÇÃO DO REGIME SEMIABERTO.

6. A fixação da pena em três meses de detenção, sendo o réu reincidente, autoriza a fixação do regime inicialmente semiaberto para cumprimento da reprimenda, devendo ser mantida a sentença, no ponto. Súmula 269/STJ.

SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. IMPOSSIBILIDADE. REINCIDÊNCIA. IMPROVIMENTO.

7. Revela-se incabível, na espécie, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, por não atender aos requisitos do art. 44, I, do Código Penal, notadamente diante da multirreincidência do réu.

8. Recursos conhecidos e improvidos.

VOTO

Os recursos preenchem os requisitos legais de admissibilidade, sendo adequados e tempestivos, razão pela qual merecem CONHECIMENTO.

Como relatado, cuida-se de Apelações interpostas por Fabiano Lopes Xavier e Fábio da Silva Ferreira, em face da sentença proferida nos autos da Ação Penal nº 0007643-03.2019.827.2722, que tramitou na 2ª Vara Criminal da Comarca de Gurupi-T0, na qual restaram condenados: Fabiano Lopes Martins a uma pena de 2 anos e 8 meses de reclusão, no regime inicialmente aberto, e 48 dias-multa, no valor unitário mínimo, pela prática do crime previsto no artigo 155, § 1º e § 4º, II, do Código Penal (furto em repouso noturno, mediante escalada), tendo sido a pena privativa de liberdade substituída por duas penas restritivas de direito, a ser definida pelo Juízo da Execução Penal; Fábio da Silva Ferreira a uma pena de 3 meses de detenção, no

regime semiaberto, e 33 dias-multa, no valor unitário mínimo, pela prática do crime previsto no artigo 180, § 3º, do Código Penal (receptação culposa).

De acordo com a denúncia, no dia 26 de abril de 2019, por volta de 2h, na Av. E, Qd. 149, Lt. 62, Setor Nova Fronteira, Município e Comarca de Gurupi-T0, o denunciado Fabiano Lopes Xavier, durante o repouso noturno, mediante escalada, subtraiu, para si e para outrem, coisa alheia móvel, sendo: 1 bicicleta, marca TSW, modelo Jump, cores preta e laranjada, avaliada em R\$ 2.100,00 (dois mil e cem reais), pertencente à vítima Lucas Alves da Cunha.

Consta, ainda, que no dia 26 de abril de 2019, durante a madrugada, em um bar, no Setor Pedroso, Município e Comarca de Gurupi-T0, o denunciado Fábio da Silva Pereira, adquiriu, recebeu, transportou e conduziu, em proveito próprio, coisa que sabia ser produto de crime, sendo: 1 bicicleta, marca TSW, modelo Jump, cores preta e laranjada, avaliada em R\$ 2.100,00 (dois mil e cem reais), pertencente à vítima Lucas Alves da Cunha.

Narra a denúncia que nas circunstâncias acima descritas, o denunciado Fabiano, escalou o muro da residência da vítima e adentrou no local e subtraiu a bicicleta acima descrita. Um vizinho foi alertado pelo latido dos seus cães e observou barulho estranho na casa da vítima, tendo presenciado o momento em que Fabiano deixava o local com a bicicleta da vítima e este, mesmo alertado pela testemunha a não levar o bem da vítima, seguiu seu intento. Ato contínuo, Fabiano vendeu a bicicleta, produto do furto ao segundo denunciado Fábio, que sabedor da origem ilícita do bem, o adquiriu pelo valor de R\$ 100,00 (cem reais) e o transportou até o assentamento Vale Verde, onde passou a circular na res.

A denúncia foi recebida em 25/07/2019. Com o advento da pandemia da Covid-19, suspendeu-se o processo de 25/11/2020 até 28/10/2021, sobrevivendo a sentença condenatória em 25/02/2022 (eventos 4, 51 e 52, autos de origem).

No presente apelo (evento 118, autos de origem), a defesa de Fábio da Silva Ferreira insurge-se contra a dosimetria da pena, aduzindo desproporcionalidade na fixação da pena-base diante da valoração negativa de apenas uma das circunstâncias judiciais, tendo o magistrado recrudescido a pena basilar em 2 meses, quando deveria tê-la acrescido em 1/6 para cada circunstância judicial.

Pugna, ainda, pela alteração do regime prisional, ao fundamento de que a reincidência não basta para autorizar regime diverso do aberto, porquanto a pena não ultrapassou 4 anos de detenção.

Contrarrazões apresentadas pelo Ministério Público, pelo conhecimento e improvimento do recurso (evento 136, autos de origem).

Por sua vez, as razões recursais de Fabiano Lopes Xavier cingem-se à segunda etapa da dosimetria, pugnando pelo afastamento da Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça, aduzindo que o entendimento esposado pelo Magistrado, embora majoritário na doutrina e na jurisprudência, trata-se de interpretação contra legem, pelo que requer, ao final, seja reconhecida a atenuante da confissão espontânea (art. 65, inciso III, alínea d, do Código Penal).

Nas contrarrazões, o apelado pugnou pelo conhecimento e improvimento dos recursos (evento 148, autos de origem), no que foi seguido pela douta Procuradoria-Geral de Justiça (evento 6).

Não foram arguidas preliminares e inexistem nulidades a serem declaradas. Passo, então, à análise do mérito.

Do compulsar detido dos autos, bem como das razões recursais, revela-se

desnecessário tecer considerações acerca da materialidade e autoria delitivas (as quais não são pontos controvertidos).

As irresignações recursais confinam-se à dosimetria da pena, razão pela qual far-se-á a revisão das dosimetrias de ambos os apelantes, diante do efeito devolutivo amplo das apelações defensivas.

Da dosimetria do apelante Fábio Lopes Xavier

O apelante pretende revisão da pena-base, aduzindo desproporcionalidade na sua fixação, para que seja adotada a fração de 1/6 para cada circunstância judicial.

Como cediço, a fixação da pena é regulada por princípios e regras constitucionais e legais previstos, respectivamente, no art. 5º, XLVI, da Constituição Federal, e nos arts. 59 do Código Penal e 387, do Código de Processo Penal. Logo, o julgador deve, ao individualizar a pena, examinar com acuidade os elementos que dizem respeito ao fato, obedecidos e sopesados todos os critérios estabelecidos no art. 59 e 68 do Código Penal, para aplicar, de forma justa e fundamentada, a reprimenda que seja proporcionalmente necessária e suficiente para reprovação do crime.

Pois bem. A teoria trifásica de Nelson Hungria, adotada na aplicação da pena (art. 68, CP), se faz tomando por primeiro a fixação da pena-base, após considera-se as circunstâncias agravantes e atenuantes e, por fim, as causas de aumento e diminuição da pena. Impõe-se, assim, a dosimetria da pena privativa da liberdade em três fases, distintas e sucessivas, que devem ser suficientemente fundamentadas pelo julgador, permitindo-se a regular individualização da pena (art. 5.º, inciso XLVI, da CF), além de conferir ao réu o exercício da ampla defesa.

No caso, exsurge da sentença que o magistrado, atento às diretrizes do critério trifásico, fundamentou, de forma individualizada, todas as circunstâncias judiciais e considerou desfavorável ao apelante apenas os antecedentes criminais, sob os seguintes fundamentos:

“O acusado não é portador de bons antecedentes, pois possui condenação anterior nos processos nº 5007431-04.2013.827.2722 (trânsito em julgado em 05DEZ2017) e nº 0010732-68.2018.8.27.2722 (trânsito em julgado 20FEV2019). Portanto, será utilizada uma condenação para exasperar a pena base, considerando-a como desfavoráveis as circunstâncias judiciais e, na segunda fase, a outra condenação como agravante da reincidência.”

Nota-se que não há insurgência quanto a valoração negativa atribuída à essa moduladora. No caso, na primeira fase da dosimetria, o magistrado declinou motivação concreta a justificar a valoração desfavorável dos antecedentes, pois trata-se de condenações anteriores aos fatos, revelando-se acertada a majoração da pena-base em decorrência dessa vetorial.

Nesse compasso, nota-se que não há o que se corrigir, merecendo referida circunstância a negativação que lhe fora conferida.

Na hipótese, o juiz de primeiro grau fixou a pena-base em 3 meses de detenção, ao considerar desfavorável a moduladoras “antecedentes”.

Não obstante o esforço defensivo, não se verifica qualquer excesso praticado pelo julgador sentenciante.

É cediço que inexiste critério legal para a fixação da pena-base acerca do quantum a ser majorado e que cabe ao Magistrado eleger o que lhe parece adequado, dentro de sua discricionariedade. Desde que não se afigure desproporcional ou desarrazoado, como no caso, não há como censurar o sistema escolhido. Assim sendo, deve ser mantido o quantum fixado.

Para o Supremo Tribunal Federal, “A dosimetria da pena é matéria sujeita a certa discricionariedade judicial”, pois “O Código Penal não estabelece

rígidos esquemas matemáticos ou regras absolutamente objetivas para a fixação da pena" (HC 168174 AgR, Relator (a): ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 17/05/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-100 DIVULG 25-05-2021 PUBLIC 26-05-2021).

O Superior Tribunal de Justiça, reiteradamente por suas Quinta e Sexta Turmas¹, tem decidido que, na análise das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, inexiste um critério absoluto para justificar a obrigatoriedade do julgador aplicar a denominada "teoria do termo médio." No mesmo sentido, têm-se posicionado os demais Tribunais pátrios: "RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL PENAL. OFENSA. DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL. VIA INADEQUADA. ART. 42 DA LEI N. 11.343/2006. TESE. DESENVOLVIMENTO. AUSÊNCIA. CONTROVÉRSIA NÃO DELIMITADA. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. COTEJO ANALÍTICO. AUSÊNCIA. PARADIGMAS PROFERIDOS EM HABEAS CORPUS. DOSIMETRIA. ART. 2.º DA LEI N. 12.850/2013. CULPABILIDADE NEGATIVAÇÃO. MENÇÃO À ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA DIVERSA CONSTANTE DA DENÚNCIA. MERO ERRO MATERIAL. NEGATIVAÇÃO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS E CONSEQUÊNCIAS DO DELITO. DESVALOR IDONEAMENTE FUNDAMENTADO. DESPROPORCIONALIDADE EM RELAÇÃO ÀS PENAS DOS CORRÉUS. ALEGAÇÃO DESCABIDA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. VALORAÇÃO. QUANTUM DE AUMENTO DESPROPORCIONALIDADE EVIDENCIADA. IDENTIDADE OBJETIVA DE SITUAÇÕES DOS CORRÉUS. EXTENSÃO DOS EFEITOS. ILEGALIDADE FLAGRANTE CONSTATADA. CORREÇÃO POR ESTA CORTE SUPERIOR EM ATUAÇÃO SPONTE PRÓPRIA (ART. 654, § 2.º, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL). CAUSAS DE AUMENTO. EMPREGO DE ARMA DE FOGO E PARTICIPAÇÃO DE CRIANÇA OU ADOLESCENTE. EXASPERAÇÃO CUMULATIVA. JUSTIFICATIVA CONCRETA. INEXISTÊNCIA. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE CONHECIDO E PROVIDO EM PARTE, COM EXTENSÃO DOS EFEITOS AOS CORRÉUS. HABEAS CORPUS CONCEDIDO, DE OFÍCIO À RECORRENTE E AOS CORRÉUS. [...] 13. O sistema adotado pelo Código Penal, na fixação da pena-base, não é o do termo médio, mas, sim, o de que cada circunstância judicial desfavorável leva ao afastamento da pena-base do mínimo legal, como efetivado pelas instâncias ordinárias. Assim, é descabido falar que as circunstâncias judiciais não teriam sido avaliadas, quando da fixação da pena-base. 14. É adequada a adoção da fração de 1/6 (um sexto) para cada vetor negativo, conforme expressamente efetivado na sentença e ratificado no acórdão recorrido, por ser patamar que encontra amparo na jurisprudência desta Corte Superior, diante da ausência de parâmetros legalmente estipulados para esse acréscimo. 15. No entanto, no caso concreto, houve desproporcionalidade, pois as instâncias ordinárias fizeram incidir a referida fração ao intervalo entre as penas mínima e máxima abstratamente cominadas, quando, na esteira da orientação desta Corte Superior, se adotada a fração de 1/6 (um sexto) por circunstância judicial negativa, esta deve ser calculada a partir da pena mínima cominada em abstrato. 16. Se as basilares dos Corréus condenados na mesma sentença foram exasperadas em igual proporção, a partir de idêntica fundamentação, devem lhes ser estendidos os efeitos do acolhimento da insurgência defensiva, nos termos do art. 580 do Código de Processo Penal. 17. Constatação da existência de ilegalidade flagrante, a ser reparada, sponte própria, por esta Corte Superior, e não por força de acolhimento de pedido ou recurso defensivo, nos termos do art. 654, § 2.º, do Código de Processo Penal, em relação à Recorrente e aos Corréus. 18. Em se tratando de causas de aumento previstas no próprio tipo penal, seja na parte especial do Código Penal ou em legislação extravagante, a sua aplicação cumulativa exige fundamentação concreta. Precedentes desta Corte Superior. 19. Na situação dos autos, não houve nenhuma justificativa concreta para a aplicação cumulativa das causas de aumento previstas no § 2.º e no § 4.º,

inciso I, ambos do art. 2.º da Lei n. 12.850/2013, tendo o Julgador singular afirmado, inclusive, que a participação de criança ou adolescente na organização nada fugia "ao extraordinário" e que, por essa razão, fixava no patamar mínimo de 1/6 (um) a exasperação por essa majorante. 20. Ausente a fundamentação concreta para a aplicação cumulativa, pela regra do art. 68, parágrafo único, do Código Penal, deve prevalecer a causa de aumento pela qual se fez maior exasperação da pena que, no caso, é a referente ao emprego de arma de fogo. 21. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, provido em parte, para reduzir a pena-base da Recorrente, com extensão aos Corréus ARILSON PEREIRA DA ROCHA, GABRIEL MONTEIRO MOREIRA, JOSÉ AILSON SOUZA CASTRO e JOSÉ NÉRI VALDIVINO DE ALMEIDA, nos termos do art. 580 do Código de Processo Penal. Concedido habeas corpus, de ofício, à Recorrente e aos referidos Corréus, para afastar a aplicação cumulativa da exasperação decorrente das causas de aumento. As reprimendas ficam redimensionadas nos termos do voto." (REsp 1896832/AC, Rel. Min. Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 23/11/2021, DJe 30/11/2021) Grifei.

APELAÇÃO. CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. ARTIGO 155, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL (CP). MATERIALIDADE E AUTORIA. CONJUNTO DA PROVA. DEPOIMENTOS DE POLICIAIS. APREENSÃO DO BEM FURTADO EM PODER DO RÉU. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INVIABILIDADE. DOSIMETRIA DA PENA. TEORIA DO TERMO MÉDIO. NÃO APLICAÇÃO. ANTECEDENTES. REINCIDÊNCIA. 1. Materialidade e autoria comprovadas. Réu encontrado em poder do bem furtado, circunstância confirmada pelo relato dos policiais. Presunção de autoria (Embargos Infringentes e de Nulidade n. 70082721507, Quarto Grupo de Câmaras Criminais, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Fabianne Breton Baisch, Julgado em 28/08/2020). Artigo 156 do Código de Processo Penal (CPP). A despeito do seu encargo probatório, o réu não trouxe provas com capacidade de convencimento para justificar o fato de estar na posse do objeto furtado, não caracterizado como bem sem proprietário ou abandonado, quando da abordagem policial, acontecendo prisão em flagrante. Manutenção da condenação. 2. Princípio da insignificância (crime bagatela). Não configuração da atipicidade material. Réu reincidente, inclusive em delitos patrimoniais. Objeto furtado que ultrapassava o montante de 10% do valor do salário mínimo vigente ao tempo do fato delituoso. 3. Dosimetria da pena. Cabe ao juiz de primeiro grau, que manteve contato imediato com os fatos e as provas, definir, de modo primordial, mediante fundamentação idônea, o quantum de pena aplicável ao caso concreto. "A dosimetria da pena é matéria sujeita a certa discricionariedade judicial. O Código Penal não estabelece rígidos esquemas matemáticos ou regras absolutamente objetivas para a fixação da pena"(STF – HC 168174 AgR, Relator (a): ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 17/05/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-100 DIVULG 25-05-2021 PUBLIC 26-05-2021). Não aplicação da teoria do termo médio. Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ). 4. Valoração negativa dos antecedentes (artigo 59 do CP), possuindo o réu duas condenações pretéritas definitivas, justificando a elevação da pena, na 1ª fase do procedimento de dosimetria, em 6 (seis) meses. Reincidência materializada por outras duas condenações diversas daquelas vinculadas aos antecedentes, viabilizando o incremento da pena-base em 6 (seis) meses. Atenção a parâmetros de necessidade e adequação para reprovação e prevenção do crime. Não há violação ao princípio do non bis in idem quando são utilizadas diferentes condenações por fatos anteriores como maus antecedentes e reincidência. APELAÇÃO DEFENSIVA DESPROVIDA. (TJRS – AP 50050227620168210019, Oitava Câmara Criminal, Relator: Leandro Figueira

Martins, Julgado em: 27-10-2021)

No caso dos autos, reconhecida a existência de uma circunstância judicial desfavorável ao réu, o sentenciante aumentou a pena-base em 2 meses. Considerando que o delito em questão prevê pena em abstrato variando entre 1 mês e 1 ano, a dosimetria da pena foi aplicada em consonância com os parâmetros de razoabilidade e proporcionalidade, porquanto fixada próximo ao mínimo legal.

Nesta senda, não se vislumbra qualquer excesso ou irregularidade na fixação da pena-base, uma vez que as circunstâncias foram cautelosamente analisadas, alcançando um justo patamar, dentro da margem discricionária permitida no tipo penal.

Na segunda etapa, não obstante a confissão da prática delitiva, correta a compensação com a agravante da reincidência, porquanto ambas são consideradas preponderantes, a merecer idêntica valoração, devendo ser mantida a penas basilar como definitiva, diante da inexistência de causas de aumento e diminuição da pena, razão pela qual fixa-se definitivamente a pena de 3 meses de detenção, bem como o pagamento de 33 dias-multa, no valor unitário mínimo.

Quanto ao regime inicial para cumprimento da pena, outro ponto da irresignação de Fabiano, conquanto a pena corpórea seja inferior a quatro anos de reclusão, há de ser levada em conta a dupla reincidência do apelante, razão pela qual deve ser mantido o regime semiaberto para o início de cumprimento da pena, nos termos do art. 33, § 2º, b, do Código Penal, cuja solução está em consonância com a Súmula 269/STJ, segundo qual:

"É admissível a adoção do regime prisional semi-aberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais."

Incabível na espécie, ainda, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, por não atender aos requisitos do art. 44, I, do Código Penal².

Assim sendo, não há que se falar em reforma da sentença, pois a decisão guerreada pautou-se dentro da legalidade.

Da dosimetria do apelante Fabiano Lopes Xavier

O recurso de Fabiano Lopes Xavier cinge-se à segunda etapa da dosimetria, apenas no que concerne ao afastamento da Súmula 231, do Superior Tribunal de Justiça, porquanto já reconhecida a aplicação da atenuante da confissão espontânea.

Contudo, não obstante o esforço defensivo da combatente Defensoria Pública, verifica-se, que a pena-base foi estipulada no mínimo legal, ao que a incidência de tal atenuante não teria o condão de reduzir ainda mais a reprimenda.

Ressalta-se, que prevalece na doutrina e na jurisprudência pátrias o entendimento de que as circunstâncias atenuantes não podem reduzir a reprimenda aquém do patamar legal mínimo, sob pena de violação ao princípio da legalidade estrita.

Júlio Fabbrini Mirabete bem delineou a questão:

Segundo jurisprudência praticamente pacífica, a existência de atenuantes não permite a fixação da pena abaixo do mínimo legal. (...) Uma característica fundamental das circunstâncias atenuantes e agravantes, segundo jurisprudência dominante, é a de que não podem elas servir para a transposição dos limites mínimo e máximo da pena abstratamente cominada. Assim a presença de atenuantes não pode levar a aplicação abaixo do mínimo legal, bem a de agravantes a acima do máximo. (Código Penal Interpretado.

4ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 446 e 471).

Resta imprescindível a transcrição da notável lição do ilustre penalista Cezar Roberto Bitencourt sobre tal questão, em seu "Manual de Direito Penal – Parte Geral", à qual aquiesço integralmente. Vejamos:

As atenuantes e as agravantes não podem levar a pena para além ou para além dos limites estabelecidos no tipo penal infringido, sob pena de violar-se o primeiro momento da individualização da pena, que é legislativo, privativo de outro poder, e é realizada através de outros critérios e com outros parâmetros, além de infringir os princípios da reserva legal e da pena determinada (art. 5º, incs. XXXIX e XLVI, da CF), recebendo a pecha de inconstitucional, por aplicar pena não cominada. Quando a pena-base estiver fixada no mínimo, impedirá sua diminuição, ainda que se constate in concreto a presença de uma ou mais atenuantes, sem que isso caracterize prejuízo ao réu, que já recebeu o mínimo possível. Por outro lado, é absolutamente desnecessária a prática censurável que no passado se fez, uma espécie de estelionato judicial, isto é, de fixar a pena-base um pouco acima do mínimo, ainda que este fosse o correto, somente para possibilitar a redução e demonstrar ao réu que a atenuante foi valorada. Nessa hipótese, basta que se registre a presença da atenuante e a não-diminuição da pena-base porque esta já se encontra no limite mínimo. (v. 1. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 523)

Mister enfatizar que o Superior Tribunal de Justiça, a quem incumbe a uniformização da interpretação da lei federal, sacramentou tal discussão, editou a Súmula nº 231, que tem o seguinte teor:

"Súmula 231 (STJ) – A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal."

Não bastasse, o Supremo Tribunal Federal, na diligente fiscalização das normas constitucionais, diante da impossibilidade real de diminuir a pena nos moldes argumentados pelo apelante, decidiu em repercussão geral, da seguinte forma:

"AÇÃO PENAL. Sentença. Condenação. Pena privativa de liberdade. Fixação abaixo do mínimo legal. Inadmissibilidade. Existência apenas de atenuante ou atenuantes genéricas, não de causa especial de redução. Aplicação da pena mínima. Jurisprudência reafirmada, repercussão geral reconhecida e recurso extraordinário improvido. Aplicação do art. 543-B, § 3º, do CPC. Circunstância atenuante genérica não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal". (STF, RE 597270 Q0-RG, Relator: Min. CEZAR PELUSO, julgado em 26/03/2009, REPERCUSSÃO GERAL. MÉRITO DJe-104 DIVULG 04-06-2009 PUBLIC 05-06-2009). Grifei.

Tal posicionamento, inclusive, foi reiterado em pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. VIOLAÇÃO DO ART. 93, INCISO IX, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. SUFICIÊNCIA DA FUNDAMENTAÇÃO. ACÓRDÃO RECORRIDO EM CONFORMIDADE COM O ENTENDIMENTO DA SUPREMA CORTE EM REPERCUSSÃO GERAL. TEMA 339/STF. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. ATENUANTE. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL. INADMISSIBILIDADE. TEMA 158/STF. PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE RECURSAL. PREENCHIMENTO. MATÉRIA DE NATUREZA INFRACONSTITUCIONAL. INEXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL. TEMA 181/STF. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. Segundo a jurisprudência consolidada do Pretório Excelso, reafirmada no julgamento, sob o regime de repercussão geral, do AI-RG-Q0 791.292/PE, a teor do disposto no artigo 93, IX, da Constituição Federal, as decisões judiciais devem ser motivadas, ainda que de forma sucinta, não se exigindo o exame pormenorizado de cada alegação ou prova

trazida pelas partes, tampouco que sejam corretos os seus fundamentos (Tema 339/STF). 2. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 597.270 Q0-RG, pela sistemática da repercussão geral, consolidou o entendimento segundo o qual "circunstância atenuante genérica não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal" (Tema 158). 3. Consoante entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Repercussão Geral no RE 598.365 RG/MG, "a questão do preenchimento dos pressupostos de admissibilidade de recursos da competência de outros Tribunais tem natureza infraconstitucional e a ela são atribuídos os efeitos da ausência de repercussão geral" (Tema 181/STF). 4. Agravo regimental não provido. (AgRg no RE nos EDcl no AgRg no AREsp 1625149/DF, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, CORTE ESPECIAL, julgado em 25/08/2020, DJe 28/08/2020) grifei

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO –MATÉRIA PENAL – EXISTÊNCIA DE ATENUANTE – FIXAÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL – IMPOSSIBILIDADE – REPERCUSSÃO GERAL DA MATÉRIA QUE O PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL RECONHECEU NO JULGAMENTO DO RE 597.270- Q0-RG/RS – AGRAVO INTERNO IMPROVIDO. (ARE 1066312 AgR, Relator (a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 09/03/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-066 DIVULG 06-04-2018 PUBLIC 09-04-2018) – grifei.

Portanto, a sentença encontra-se em consonância com a melhor interpretação das regras atinentes à dosagem da reprimenda, firmada, como visto, pela jurisprudência pacífica das Cortes Superiores, uma vez que o Estado-Juiz não pode se sobrepor ao Estado-Legislator ao ponto de fazer uma simples atenuante genérica reduzir a pena apurada em fase inicial de fixação para patamar abaixo do mínimo legal como pretende a defesa, pelo que deve ser improvido o recurso.

Conquanto não tenha havido irresignação quanto à terceira fase da dosimetria, em sua revisão, face ao efeito devolutivo amplo do apelo defensivo, deve ser mantida a pena aplicada, pois ausentes causas de diminuição e aumento, a reprimenda acertadamente tornou-se definitiva em 1 ano de reclusão e 10 dias-multa.

Quanto ao regime inicial para cumprimento da pena, mantém-se o aberto, em observância ao contido no artigo 33, § 2º, alínea c, do Código Penal. Há de ser mantida, ainda, a substituição da pena privativa de liberdade por uma restritiva de direito, a ser fixada pelo Juízo da Execução Penal. Ante o exposto, voto no sentido de, acolhendo o parecer da Procuradoria de Justiça, NEGAR PROVIMENTO ao recurso, mantendo inalterada sentença condenatória.

Documento eletrônico assinado por SILVANA MARIA PARFIENIUK, 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 568946v7 e do código CRC 1891f58f. Informações adicionais da assinatura: Signatário (a): SILVANA MARIA PARFIENIUK Data e Hora: 26/7/2022, às 21:12:41

1. (STJ – AgRg no HC 525.931/PR, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 20/04/2021, DJe 26/04/2021; HC 640.950/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 20/04/2021, DJe 05/05/2021; AgRg no REsp 1797518/CE, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 13/04/2021, DJe 16/04/2021).

2. Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:II – o réu não for reincidente em crime doloso; (...)

0007643-03.2019.8.27.2722

568946 .V7

Documento:568949

Poder Judiciário

JUSTIÇA ESTADUAL

Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins

GAB. DA DESA. ANGELA PRUDENTE

Apelação Criminal (PROCESSO ORIGINÁRIO EM MEIO ELETRÔNICO) Nº
0007643-03.2019.8.27.2722/T0

RELATORA: Juíza SILVANA MARIA PARFIENIUK

APELANTE: FABIANO LOPES XAVIER (RÉU)
ADVOGADO: ESTELAMARIS POSTAL (DPE)

ORDENANTE: INSTITUTO DE IDENTIFICAÇÃO (ORDENANTE)

APELANTE: FÁBIO DA SILVA FERREIRA (RÉU)
ADVOGADO: ESTELAMARIS POSTAL (DPE)

APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO (AUTOR)

EMENTA. APELAÇÕES CRIMINAIS. CRIMES DE FURTO E RECEPÇÃO CULPOSA. DOSIMETRIA. PENA-BASE. EXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL NEGATIVA. FIXAÇÃO DO QUANTUM POR ADOÇÃO DA TEORIA DO TERMO MÉDIO. INEXISTÊNCIA DE CRITÉRIO RÍGIDO. DISCRICIONARIEDADE VINCULADA DO MAGISTRADO.

1. O art. 59 do Código Penal não estabelece parâmetros precisos e absolutos para a análise das circunstâncias judiciais e a respectiva majoração da pena-base, cabendo ao magistrado analisá-las conforme o seu livre convencimento motivado, em busca da fixação da pena mais adequada ao fato delituoso e às especificidades do caso concreto.

2. Na hipótese, considerando-se o intervalo entre as penas mínima e máxima abstratamente cominadas ao delito de receptação privilegiada (de 1 mês a 1 ano de detenção), não se verifica desproporcionalidade na exasperação da pena-base em 2 meses acima do mínimo legal em decorrência do desvalor dado a uma circunstância judicial, de modo que a instância ordinária utilizou fundamentação idônea para aumentar a pena e aplicou um critério dentro da discricionariedade vinculada que lhe é assegurada pela lei, não havendo o que se falar em violação aos artigos 59 e 68 do Código Penal ou ao princípio da individualização da pena. Precedentes STJ.

3. Inexiste critério legal para a fixação da pena-base acerca do quantum a ser majorado, cabendo ao Magistrado eleger o que lhe parece adequado, dentro de sua discricionariedade, desde que não se afigure desproporcional ou desarrazoado, como no caso, não havendo como censurar o sistema escolhido. Assim sendo, deve ser mantido o quantum fixado.

ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA E MENORIDADE RELATIVA. FIXAÇÃO DA PENA AQUÉM DO MÍNIMO LEGAL PREVISTO PARA O TIPO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 231 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RECURSO IMPROVIDO.

4. Conforme construção doutrinária e jurisprudencial, ainda que se reconheçam as atenuantes da menoridade relativa e da confissão, tal situação não possibilita a redução da pena abaixo do mínimo previsto no tipo penal, em respeito ao princípio da legalidade da pena, uma vez que o legislador previamente traçou os limites dentro dos quais o magistrado deve fixá-la.

5. O Superior Tribunal de Justiça, a quem incumbe a uniformização da interpretação da lei federal, sacramentou tal discussão, editando a Súmula nº 231. Referido posicionamento foi reafirmado pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento do Recurso Extraordinário nº 597270, com repercussão geral reconhecida.

REGIME INICIAL. PENA FIXADA EM TRÊS MESES DE DETENÇÃO. REINCIDÊNCIA. FIXAÇÃO DO REGIME ABERTO. IMPOSSIBILIDADE. MANUTENÇÃO DO REGIME SEMIABERTO.

6. A fixação da pena em três meses de detenção, sendo o réu reincidente, autoriza a fixação do regime inicialmente semiaberto para cumprimento da reprimenda, devendo ser mantida a sentença, no ponto. Súmula 269/STJ.

SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. IMPOSSIBILIDADE. REINCIDÊNCIA. IMPROVIMENTO.

7. Revela-se incabível, na espécie, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, por não atender aos requisitos do art. 44, I, do Código Penal, notadamente diante da multirreincidência do réu.

8. Recursos conhecidos e improvidos.

ACÓRDÃO

A Egrégia 2ª Turma da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins decidiu, por unanimidade, acolhendo o parecer da Procuradoria

de Justiça, NEGAR PROVIMENTO ao recurso, mantendo inalterada sentença condenatória, nos termos do voto da Relatora.

Votaram acompanhando a Relatora o Desembargador Eurípedes Lamounier e o Juiz Jocy Gomes de Almeida.

Representante da Procuradoria – Geral de Justiça: Dr. Vinicius Oliveira e Silva.

Palmas, 19 de julho de 2022.

Documento eletrônico assinado por SILVANA MARIA PARFIENIUK, 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 568949v7 e do código CRC 157253f4. Informações adicionais da assinatura: Signatário (a): SILVANA MARIA PARFIENIUK Data e Hora: 3/8/2022, às 18:21:23

0007643-03.2019.8.27.2722

568949 .V7

Documento:568945

Poder Judiciário

JUSTIÇA ESTADUAL

Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins

GAB. DA DESA. ANGELA PRUDENTE

Apelação Criminal (PROCESSO ORIGINÁRIO EM MEIO ELETRÔNICO) Nº
0007643-03.2019.8.27.2722/T0

RELATORA: Desembargadora ANGELA MARIA RIBEIRO PRUDENTE

APELANTE: FABIANO LOPES XAVIER (RÉU)
ADVOGADO: ESTELAMARIS POSTAL (DPE)

ORDENANTE: INSTITUTO DE IDENTIFICAÇÃO (ORDENANTE)

APELANTE: FÁBIO DA SILVA FERREIRA (RÉU)
ADVOGADO: ESTELAMARIS POSTAL (DPE)

APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO (AUTOR)

RELATÓRIO

Trata-se de Apelações interpostas por Fabiano Lopes Xavier e Fábio da Silva Ferreira, em face da sentença proferida nos autos da Ação Penal nº 0007643-03.2019.827.2722, que tramitou na 2ª Vara Criminal da Comarca de Gurupi-T0, na qual restaram condenados: Fabiano Lopes Martins a uma pena de 2 anos e 8 meses de reclusão, no regime inicialmente aberto, e 48 dias-multa, no valor unitário mínimo, pela prática do crime previsto no artigo 155, § 1º e § 4º, II, do Código Penal (furto em repouso noturno, mediante escalada), tendo sido a pena privativa de liberdade substituída por duas penas restritivas de direito, a ser definida pelo Juízo da Execução Penal; Fábio da Silva Ferreira a uma pena de 3 meses de detenção, no regime semiaberto, e 33 dias-multa, no valor unitário mínimo, pela prática do crime previsto no artigo 180, § 3º, do Código Penal (receptação culposa). De acordo com a denúncia, no dia 26 de abril de 2019, por volta de 2h, na Av. E, Qd. 149, Lt. 62, Setor Nova Fronteira, Município e Comarca de Gurupi-T0, o denunciado Fabiano Lopes Xavier, durante o repouso noturno, mediante escalada, subtraiu, para si e para outrem, coisa alheia móvel, sendo: 1 bicicleta, marca TSW, modelo Jump, cores preta e laranjada, avaliada em R\$ 2.100,00 (dois mil e cem reais), pertencentes à vítima Lucas Alves da Cunha.

Consta, ainda, que no dia 26 de abril de 2019, durante a madrugada, em um bar, no Setor Pedroso, Município e Comarca de Gurupi-T0, o denunciado Fábio da Silva Pereira, adquiriu, recebeu, transportou e conduziu, em proveito próprio, coisa que sabia ser produto de crime, sendo: 1 bicicleta, marca TSW, modelo Jump, cores preta e laranjada, avaliada em R\$ 2.100,00 (dois mil e cem reais), pertencentes à vítima Lucas Alves da Cunha.

Narra a denúncia que nas circunstâncias acima descritas, o denunciado Fabiano, escalou o muro da residência da vítima e adentrou no local e subtraiu a bicicleta acima descrita. Um vizinho foi alertado pelo latido dos seus cães e observou barulho estranho na casa da vítima, tendo presenciado o momento em que Fabiano deixava o local com a bicicleta da vítima e este, mesmo alertado pela testemunha a não levar o bem da vítima, seguiu seu intento. Ato contínuo, Fabiano vendeu a bicicleta, produto do furto ao segundo denunciado Fábio, que sabedor da origem ilícita do bem, o adquiriu pelo valor de R\$ 100,00 (cem reais) e o transportou até o assentamento Vale Verde, onde passou a circular na res.

A denúncia foi recebida em 25/07/2019. Com o advento da pandemia da Covid-19, suspendeu-se o processo de 25/11/2020 até 28/10/2021, sobrevivendo a sentença condenatória em 25/02/2022 (eventos 4, 51 e 52, autos de origem).

No presente apelo (evento 118, autos de origem), a defesa de Fábio da Silva Ferreira insurge-se contra a dosimetria da pena, aduzindo desproporcionalidade na fixação da pena-base diante da valoração negativa

de apenas uma das circunstâncias judiciais, tendo o magistrado recriado a pena basilar em 2 meses, quando deveria tê-la acrescido em 1/6 para cada circunstância judicial.

Pugna, ainda, pela alteração do regime prisional, ao fundamento de que a reincidência não basta para autorizar regime diverso do aberto, porquanto a pena não ultrapassou 4 anos de detenção.

Contrarrazões apresentadas pelo Ministério Público, pelo conhecimento e improvimento do recurso (evento 136, autos de origem).

Por sua vez, as razões recursais de Fabiano Lopes Xavier cingem-se à segunda etapa da dosimetria, pugnando pelo afastamento da Súmula 231, do Superior Tribunal de Justiça, aduzindo que o entendimento esposado pelo Magistrado, embora majoritário na doutrina e na jurisprudência, trata-se de interpretação contra legem, pelo que requer, ao final, seja reconhecida a atenuante da confissão espontânea (art. 65, inciso III, alínea d, do Código Penal).

Nas contrarrazões, o apelado pugnou pelo conhecimento e improvimento do recurso (evento 148, autos de origem), no que foi seguido pela douta Procuradoria-Geral de Justiça (evento 6).

É o relatório do essencial, que submeto ao ilustre Revisor, nos termos do disposto no art. 38, inciso III, alínea a, do RITJTO.

Documento eletrônico assinado por ANGELA MARIA RIBEIRO PRUDENTE, 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 568945v2 e do código CRC d07122d4. Informações adicionais da assinatura: Signatário (a): ANGELA MARIA RIBEIRO PRUDENTE Data e Hora: 30/6/2022, às 18:16:3

0007643-03, 2019. 8. 27. 2722

568945 .V2

Extrato de Ata

Poder Judiciário

Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins

EXTRATO DE ATA DA SESSÃO ORDINÁRIA DE 19/07/2022

Apelação Criminal (PROCESSO ORIGINÁRIO EM MEIO ELETRÔNICO) Nº
0007643-03.2019.8.27.2722/T0

RELATORA: Juíza SILVANA MARIA PARFIENIUK

REVISOR: Juiz JOCY GOMES DE ALMEIDA

PRESIDENTE: Desembargador ADOLFO AMARO MENDES

APELANTE: FABIANO LOPES XAVIER (RÉU)
ADVOGADO: ESTELAMARIS POSTAL (DPE)

APELANTE: FÁBIO DA SILVA FERREIRA (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 2ª TURMA JULGADORA DECIDIU, POR UNANIMIDADE, ACOLHENDO O PARECER DA PROCURADORIA DE JUSTIÇA, NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO, MANTENDO INALTERADA SENTENÇA CONDENATÓRIA.

RELATORA DO ACÓRDÃO: Juíza SILVANA MARIA PARFIENIUK
Votante: Juíza SILVANA MARIA PARFIENIUK
Votante: Juiz JOCY GOMES DE ALMEIDA
Votante: Desembargador EURÍPEDES LAMOUNIER
WANDELBERTE RODRIGUES DE OLIVEIRA
Secretário