

Documento:540904

Poder Judiciário

JUSTIÇA ESTADUAL

Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins

GAB. DA DESA. ANGELA PRUDENTE

Apelação Criminal (PROCESSO ORIGINÁRIO EM MEIO ELETRÔNICO) Nº  
0037585-25.2020.8.27.2729/TO

RELATORA: Desembargadora ANGELA MARIA RIBEIRO PRUDENTE

APELANTE: ELINIO DOS SANTOS ALVES JUNIOR (RÉU)

ADVOGADO: CINDY KELLY VERAS DE CARVALHO PINHEIRO (OAB TO008828)

APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO (AUTOR)

VOTO

EMENTA: APELAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. PRELIMINAR. MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO EM RESIDÊNCIA. ALEGAÇÃO DE QUE DECISÃO FOI GENÉRICA. IMPROCEDÊNCIA. OBSERVÂNCIA AO DISPOSTO NA LEI PROCESSUAL PENAL.

1. Consoante disposição do art. 240, § 1º, do Código de Processo Penal, a busca domiciliar está condicionada à presença de fundadas razões, havendo a necessidade de que elementos informativos indiquem que a coisa ou a pessoa encontra-se no interior da casa a ser diligenciada, a qual deverá ser indicada, o mais precisamente possível, no mandado de busca.

2. Não obstante a alegação da defesa de que o mandado de busca e apreensão afigurou-se genérico, vislumbra-se que a decisão prolatada pelo juiz singular atendeu, a contento, às formalidades legais, haja vista que foi subsidiado por uma vasta investigação de pontos de venda de drogas na Região Sul de Palmas, existindo fundadas razões da existência de traficância naqueles locais e evidenciada a indicação precisa das residências a serem diligenciadas.

3. Ademais, uma vez que a medida visou, exclusivamente, a apreensão de drogas, armas ou produtos derivados do crime, por certo que a indicação

precisa da casa do acusado como ponto de tráfico/"boca de fumo", somada à indicação do motivo e os fins da diligência e subscrito pelo autoridade competente, rechaçam a alegação de conteúdo genérico, reverberando na legitimidade deste meio de obtenção de prova.

MÉRITO. DOSIMETRIA. SEGUNDA FASE. ATENUANTES DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA E MENORIDADE RELATIVA. FIXAÇÃO AQUÉM DO MÍNIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 231 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

4. Conforme construção doutrinária e jurisprudencial, ainda que se reconheça a incidência de circunstâncias atenuantes, 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 fixar a reprimenda.

5. O Colendo 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 597270-00-RG/RS, com repercussão geral reconhecida.

6. Na hipótese vertente, embora tenham sido reconhecidas as atenuantes da pena confissão espontânea e menoridade, inexiste possibilidade, nos termos da Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça, de se minorar a pena provisória a patamar inferior ao mínimo previsto abstratamente para o crime, tendo em vista que a pena-base foi fixada no mínimo legal.

TERCEIRA FASE. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA (ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06). TRÁFICO PRIVILEGIADO. QUANTUM DE REDUÇÃO. FRAÇÃO DE 3/5. POSSIBILIDADE. QUANTIDADE DA DROGA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA.

7. O estabelecimento do redutor na fração de 3/5 não se mostrou desarrazoado diante da quantidade da substância entorpecente apreendida na residência do réu (678g de maconha), atraindo a incidência do art. 42, da Lei n.º 11.343/2006, o qual ressalta a preponderância do vetor "natureza e quantidade" da substância na fixação das penas. Precedentes do STJ.

CONCURSO MATERIAL DE CRIMES. SOMATÓRIO. PENAS DE RECLUSÃO E DETENÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SENTENÇA REFORMADA DE OFÍCIO.

8. É incabível o somatório simplificado das penas de natureza distintas, reclusão e detenção, uma vez que aquela deve ser executada em primeiro lugar, por ser a mais gravosa, conforme arts. 69 e 76 do Código Penal. CONDENAÇÃO EM CUSTAS PROCESSUAIS. REVERSÃO. MOMENTO DA VERIFICAÇÃO. JUÍZO DA EXECUÇÃO. PLEITO IMPROCEDENTE.

9. É na fase da execução que deve ser avaliada a hipossuficiência de quem reclama os auspícios da justiça gratuita, para fins de isenção do pagamento das custas processuais.

10. Apelação conhecida e improvida. Somatório das penas alterado ex officio, para fixar a reprimenda definitiva de Elinio dos Santos Alves Júnior em 2 anos de reclusão e 1 ano de detenção, além de 210 dias-multa no valor unitário mínimo, ambas no regime inicial aberto, pela prática dos crimes previstos nos artigos 33, § 4º da Lei nº 11.343/06 e 12, caput, da Lei nº 10.826/03, respectivamente

#### VOTO

O recurso preenche os requisitos legais de admissibilidade, sendo adequado e tempestivo, razão pela qual merece CONHECIMENTO.

Conforme relatado, trata-se de Apelação interposta por ELINIO DOS SANTOS ALVES JUNIOR em face da sentença (evento 57, autos originários) proferida nos autos da ação nº 0037585-25.2020.8.27.2729, em trâmite no Juízo da 4ª

Vara Criminal da Comarca de Palmas, na qual foi condenado pela prática dos crimes descritos nos art. 33, caput, da Lei nº 11.343/06 e art. 12 da Lei nº 10.826/03, cuja pena restou definitivamente fixada em 3 anos de reclusão, no regime inicial aberto, além de 210 dias-multa, no valor unitário mínimo. A pena corpórea foi substituída por duas restritivas de direitos.

Segundo se extrai da denúncia, no dia 29/07/2020, por volta das 06h30min, na residência localizada na Rua 11, Quadra C-02, Lote 41, Setor Jardim Aurenny IV, em Palmas-TO, o ora apelante foi flagrado, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, guardando/mantendo em depósito, para fins de comércio ilegal, 663g (seiscentos e sessenta e três gramas) de massa líquida de maconha, e possuindo/mantendo sob sua guarda 1 (uma) arma de fogo calibre ".36", de fabricação artesanal, e 2 (duas) munições de mesmo calibre.

Apurou-se que nas circunstâncias de tempo e local citadas, durante o cumprimento de mandado de busca e apreensão expedido no bojo da Operação Cálice de Higeia, com o objetivo de desarticular locais identificados como de microtráfico, Agentes da Polícia Civil localizaram e apreenderam na residência do acusado as porções da substância entorpecente mencionada, sendo 1 (uma) porção grande prensada e envolta por plástico filme, 1 (uma) porção prensada em formato de meio tablete e envolta por fita adesiva e plástico filme, 3 (três) porções prensadas envoltas em plástico de cor preta e 1 (uma) porção prensada envolta em plástico transparente. As porções menores estavam espalhadas pelo piso do quarto do denunciado, ao passo em que a porção maior estava oculta sob a sua cama.

Também foram apreendidos (as) na residência: 2 (duas) facas com resíduos de maconha; 1 (um) rolo de plástico filme; 1 (uma) arma de fogo calibre ".36", apta a efetuar disparos; 2 (duas) munições de mesmo calibre, sendo uma deflagrada e uma intacta, revelando-se esta última eficiente nos testes de balística; 2 (dois) aparelhos celulares; e a quantia de R\$ 3.928,00 (três mil, novecentos e vinte e oito reais) em espécie, dos quais R\$ 3.900,00 (três mil e novecentos reais) em cédulas falsas.

Em razão do fato, foi denunciado como incurso nas sanções do art. 33, caput, da Lei nº 11.343/06 e art. 12 da Lei nº 10.826/03, denúncia esta recebida em 22/10/2020. Feita a instrução, o d. magistrado a quo julgou a pretensão punitiva estatal procedente, condenando-o nos termos declinados em linhas pretéritas.

Nas razões recursais (evento 18, autos em epígrafe), o apelante suscita preliminar de nulidade no procedimento de busca e apreensão, uma vez que, "tanto a representação da Autoridade Policial quanto a Decisão autorizativa da busca e apreensão, processo n. 0026821-77.2020.8.27.2729, encontram-se de forma genérica, sem nenhum fato concreto robusto que autorize a medida, onde consta, tão somente, o endereço onde seria realizada a ação policial, ou seja, em total inobservância ao artigo 243, inciso I, do CPP, que exige o nome do respectivo proprietário ou morador".

Abrevia que os autos estão maculados por vício insanável, diante da nulidade da busca e apreensão.

Em caráter subsidiário, aduz que a pena, na segunda fase, deve ser reduzida diante da ocorrência de circunstâncias atenuantes da pena, mesmo que reverbere em quantum abaixo do mínimo legal.

Adiante, pugna pela aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 em seu patamar máximo, qual seja, 2/3, porquanto a expressividade da substância apreendida não traduz em fundamento idôneo a

justificar a incidência de fração diversa.

Por derradeiro, requer a concessão dos auspícios da justiça gratuita, enfatizando que a assistência por advogado particular não impede o deferimento do benefício.

Em sede de contrarrazões (evento 24, autos em epigrafe), o apelado propugnou pelo conhecimento e improvemento do recurso, a fim de que a sentença seja mantida em seus exatos termos. No mesmo sentido opinou a d. Procuradoria-Geral de Justiça, no parecer exarado no evento 29.

Passo à análise das razões recursais, atenta à ordem de prejudicialidade das teses.

Como visto, o apelante suscita em seu arrazoadado a questão prejudicial consubstanciada na nulidade do procedimento de busca e apreensão.

É consabido que a Constituição Federal assegura, como garantia individual, a inviolabilidade do domicílio, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial (art. 5º, XI, CF).

A medida cautelar de busca e apreensão, por sua vez, é assegurada pelo Código de Processo Penal, em seu art. 240, § 1º, in verbis:

Art. 240. A busca será domiciliar ou pessoal.

§ 1º Proceder-se-á à busca domiciliar, quando fundadas razões a autorizarem, para:

- a) prender criminosos;
- b) apreender coisas achadas ou obtidas por meios criminosos;
- c) apreender instrumentos de falsificação ou de contrafação e objetos falsificados ou contrafeitos;
- d) apreender armas e munições, instrumentos utilizados na prática de crime ou destinados a fim delituoso;
- e) descobrir objetos necessários à prova de infração ou à defesa do réu;
- f) apreender cartas, abertas ou não, destinadas ao acusado ou em seu poder, quando haja suspeita de que o conhecimento do seu conteúdo possa ser útil à elucidação do fato;
- g) apreender pessoas vítimas de crimes;
- h) colher qualquer elemento de convicção. (...)

Segundo o magistério de Renato Brasileiro de Lima:

(...) A expedição de mandado de busca domiciliar está condicionada à presença de fundadas razões, sendo indispensável a presença de elementos informativos apontando que uma das coisas ou pessoas citadas no art. 240 0, § 1º, do CPP P, encontra-se no interior da casa sujeita à diligência. (...) (LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de processo penal: volume único. 9. Ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2021, p. 681) O doutrinador ainda acrescenta que "(...) mandados de busca domiciliar não podem se revestir de conteúdo genérico, nem podem se mostrar omissos quanto à indicação, o mais precisamente possível, do local objeto dessa medida extraordinária, tal qual dispõe o art. 244, do CPP" (LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de processo penal: volume único. 9. Ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2021, p. 681).

Dito isto, não obstante a alegação da defesa de que o mandado de busca e apreensão afigurou-se genérico, o que macularia de vício os atos posteriores, entendo que a decisão prolatada pelo juiz singelo nos autos nº 0026821-77.2020.8.27.2729 (a qual deferiu o pedido de busca e apreensão representado pelo Delegado de Polícia) atendeu, a contento, às formalidades legais, haja vista que foi subsidiado por uma vasta investigação de pontos de venda de drogas na Região Sul de Palmas, existindo fundadas razões da existência de traficância naqueles locais e

evidenciada a indicação precisa das residências a serem diligenciadas. Com efeito, uma vez que a medida visou, exclusivamente, a apreensão de drogas, armas ou produtos derivados do crime, por certo que a indicação precisa da casa do acusado (Rua 11, Quadra C02, Lote 41, Aurenny IV) como ponto de tráfico/"boca de fumo", somada à indicação do motivo e os fins da diligência e subscrito pelo autoridade competente, rechaçam a alegação de conteúdo genérico a reverberar em ilegitimidade deste meio de obtenção de prova.

Ademais, em juízo, os policiais civis que realizaram o cumprimento do mandado em comento declararam que o local era alvo de investigação, apresentando intenso fluxo de usuários de drogas. Veja-se:

"(...) a casa de Elínio foi levantada no nosso relatório como sendo um dos pontos de venda de drogas de maior fluxo de usuário no setor Aurenny IV; recebemos informações por denúncias e por outras forças policiais e no apanhado geral da operação nossas equipes fizeram levantamentos prévios; juntando as denúncias e informações e campana nossa nesse endereço constatamos que ali tinha um fluxo muito intenso de usuários de drogas; fizemos o relatório e submetemos ao judiciário que nos deu autorização pra cumprirmos mandados de busca (...) fizemos uma varredura na residência e achamos uma barra inteiriça de maconha; havia faca com vestígio de corte de maconha; plástico filme; achamos uma arma 36 com duas munições; uma deflagrada; e grande quantidade de dinheiro que segundo o laudo deu notas falsificadas (...) a droga foi em torno de 500 g de maconha; parte estava dolada, uns 200 gramas e 300 gramas estava inteira (...)" (Giomari dos Santos Júnior, evento 51 – DEPOIM\_TESTEMUNHA1 e DEPOIM\_TESTEMUNHA2, autos de origem)

"(...) foi uma operação em conjunto com outras forças policiais visando desarticular as bocas de fumo da região sul de palmas; com base nas delegacias locais e com o pessoal da PM também que conhece bem a região; juntamos essas informações e conseguimos 20 alvos de pontos de trafico e a casa de Elínio era uma delas; lá seria um local de ponto de venda de drogas e de movimentação intensa; com essas informações fizemos diligências e constatamos essa movimentação na casa dele; fizemos um relatório e pedimos uma busca e apreensão; no dia dos fatos na casa do réu encontramos a droga apreendida; uma quantia expressiva de maconha, arma de fogo e uma quantia de 4000 reais; na casa dele havia venda na modalidade de pequenas porções, conhecida como dola; ele não tinha balança, mas foi localizada uma faca e plástico filme; parte dessa droga já estava dolada próximo à cama dele e uma parte mais expressiva estava embaixo da cama dele; junto com a arma e com munições e uma faca; (...)" (Callebe Pereira da Silva, evento 51 – DEPOIM\_TESTEMUNHA3 e DEPOIM\_TESTEMUNHA4, autos de origem)

Em seu interrogatório, o próprio denunciado confessou o delito: "(...) a droga era minha; ela foi achada dentro de meu quarto; essa droga na verdade eu comprei ela para fumar; mas de vez em quando apareciam uns amigos para fumar e eu vendia para eles; (...) comprei essa droga há uma semana; o comprovante de depósito eu não sei dele não; eles acharam lá; foi revistada toda a minha casa; a arma achada era minha comprei há um ano, para proteção mesmo; eu deixava ela de baixo de minha cama; (...)". (evento 51 – INTERR6 e INTERR7, autos de origem)

Ora, uma vez que o crime de tráfico de drogas, na modalidade guardar e ter em depósito, configura crime permanente – de modo que o agente permanece em estado de flagrância enquanto a droga estiver em seu poder/domicílio – e a situação de flagrância consubstancia-se como excepcional causa que

admite a mitigação da garantia individual de inviolabilidade do domicílio, hipótese, portanto, que dispensa a apresentação de mandado judicial para o acesso ao domicílio, por certo que ainda que constatada irregularidade formal no respectivo mandado de busca e apreensão (o que, a toda evidência, não é o caso dos autos), o procedimento estaria legitimado pela situação de flagrância, com esteio no brocardo latino, a maiori ad minus (quem pode o mais pode o menos).

Em arremate, consoante bem explanado pela d. Procuradoria-Geral de Justiça, em seu substancioso parecer:

(...) Ao contrário do asseverado pela defesa, inexistente qualquer irregularidade na busca e apreensão, seja na representação formulada pela Autoridade Policial, seja no deferimento da medida, pois autorizada por Magistrado competente, com observância das normas pertinentes.

Conforme regra legal disposta no artigo 243 do Código de Processo Penal, o mandado de busca e apreensão devesse indicar, o mais precisamente possível, a casa em que será realizada a diligência e o nome do respectivo proprietário ou morador; ou, no caso de busca pessoal, o nome da pessoa que terá de sofrer-la ou os sinais que a identifiquem.

No caso dos autos, não houve a indicação do sujeito alvo da diligência, em virtude da impossibilidade de identificá-lo previamente, sob pena de esvaziar, por completo, toda a investigação.

Sem embargo disso, o endereço alvo da medida já havia sido identificado pela Polícia Civil como “boca de fumo”, tanto que foi corretamente individualizado nos autos do pedido de busca e apreensão criminal nº 0026821-77.2020.8.27.2729.

Ademais, a autuação do então suspeito em situação de flagrante delito acabou por comprovar a situação fática que motivara a expedição do mandado de busca e apreensão.

E como bem pontuado pela Colega Promotora de Justiça em suas contrarrazões, a jurisprudência dominante só cuidou de vedar a realização de buscas e apreensões coletivas (em conjuntos indiscriminados de endereços), o que não é o caso “sub judice”.

Logo, não prospera o pleito de nulidade do mandado de busca e apreensão, tampouco houve violação de domicílio a ensejar a nulidade de provas. (...) (evento 29, autos em epígrafe)

Portanto, rejeito a preliminar suscitada pela defesa.

Adiante, em caráter subsidiário o apelante questiona o capítulo dosimétrico da sentença, pelo que se revela desnecessário tecer considerações acerca da materialidade e autoria delitivas (as quais não são pontos controvertidos).

Como é sabido, 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, do Código Penal, para aplicar, de forma justa e fundamentada, a reprimenda que seja proporcionalmente necessária e suficiente para reprovação do crime.

Sabe-se também que o juiz, quando da fixação das penas, tem algum espaço discricionário para valorar as circunstâncias judiciais, objetivando a necessária prevenção e repressão do crime, sempre respeitando os limites previstos no tipo legal. A discricionariedade em questão deve vir acompanhada, para ser validada, de fundamentação idônea, sob pena de transmutar-se em arbitrariedade inaceitável.

O crime capitulado no art. 33, da Lei nº 11.343/06 (tráfico de drogas), prevê pena de reclusão de 5 a 15 anos e o pagamento de 500 a 1500 dias-multa.

Observa-se que, na primeira fase do cálculo da reprimenda, o Magistrado de primeiro grau, escorreitamente, considerou que todas as circunstâncias judiciais previstas no art. 59, do Código Penal, são favoráveis ao réu, tendo, então, estabelecido a pena-base em 5 anos de reclusão e 500 dias-multa.

Na segunda fase, reconheceu-se a ocorrência das circunstâncias atenuantes menoridade e confissão espontânea. Todavia, a redução não foi dosada em atendimento ao teor da Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça, tendo em vista que a pena-base foi estipulada no mínimo legal, o que foi questionado pela defesa no recurso em análise.

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 aquém 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." – 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 523

Mister enfatizar que o Colendo Superior Tribunal de Justiça, a quem incumbe a uniformização da interpretação da lei federal, sacramentou tal discussão, editando a Súmula nº 231, explícita em vedar a concessão da benesse. Confira-se:

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

Em que pese a argumentação expendida no recurso, inexiste possibilidade, nos termos da referida Súmula, de se minorar a pena provisória a patamares inferiores ao mínimo previsto abstratamente para o crime.

Segundo o posicionamento externado pelo Superior Tribunal de Justiça – ao qual esta Corte há muito se filia – para as denominadas atenuantes

genéricas, previstas no artigo 65, do Código Penal, não há previsão de quantitativos próprios para redução, como ocorre nas causas especiais de diminuição de pena. Desta forma, deve o magistrado respeitar os limites fixados pelo legislador no preceito secundário do tipo penal, ou seja, deve se sujeitar aos limites previstos em abstrato.

Não bastasse, o Supremo Tribunal Federal, na diligente fiscalização das normas constitucionais, diante da impossibilidade real de diminuir a pena nos moldes argumentativos ora questionados, 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 QO-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 pelo STF. In verbis: RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO – MATÉRIA PENAL – FIXAÇÃO DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL NA HIPÓTESE DE EXISTÊNCIA DE ATENUANTE GENÉRICA – IMPOSSIBILIDADE – Repercussão Geral da Matéria que o Plenário do Supremo Tribunal Federal Reconheceu no Julgamento do RE 597.270-QO-RG/RS – reafirmação, quando da apreciação de mencionado recurso, da Jurisprudência que o Supremo Tribunal Federal firmou no exame dessa controvérsia – ALEGADA TRANSGRESSÃO AOS PRECEITOS INSCRITOS NO ART. 5º, II E XXXIX, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA – AUSÊNCIA DE OFENSA DIRETA À CONSTITUIÇÃO – REEXAME DE FATOS E PROVAS – IMPOSSIBILIDADE – SÚMULA 279/STF – AGRAVO INTERNO IMPROVIDO. (STF – ARE 1081925 ED-ED-AgR, Relator (a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 17/08/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-198 DIVULG 19-09-2018 PUBLIC 20-09-2018) – grifei

Vertendo nesse mesmo sentido, colho precedente deste Tribunal de Justiça: APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME DE FURTO. ATENUANTE DA CONFISSÃO. REDUÇÃO DA PENA AQUÉM DO MÍNIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 231 DO STJ. RECURSO IMPROVIDO. SENTENÇA MANTIDA. A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal, nos termos da Súmula 231 do STJ, razão pela qual impossível a redução da pena pelo reconhecimento da confissão espontânea. Apelo improvido. Sentença mantida (TJTO, AP 00040290820198270000, Rel. Des. Moura Filho, 1ª Turma da 1ª Câmara Criminal, julgado em 08/10/2019) – 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 com que as atenuantes genéricas reduzam a pena apurada em fase inicial de fixação para patamar abaixo do mínimo legal.

Assim sendo, deve ser mantida, na segunda-fase dosimétrica, a pena-base, isto é, em 5 anos de reclusão e 500 dias-multa.

Na terceira etapa, não concorrem causas de aumento da reprimenda, ao passo que se reconheceu o privilégio previsto no § 4º, do art. 33, da Lei de Drogas, na fração de 3/5, cujo quantum se questiona no recurso em apelo. Para tanto, o sentenciante valeu-se do seguinte fundamento:

(...) Reconheço a causa especial de redução da pena prevista no artigo 33 3, § 4º da Lei n.º 11.343 3/06, pois o réu é primário e não há provas de



que se dedique a organização criminosa. Em razão da expressiva quantidade de maconha apreendida, entendo por bem em não reduzir a pena no máximo, porém num quantum razoável e proporcional ao caso, ou seja em 3/5, ou em 36 meses. (...)

Conforme expressa dicção do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, a fração redutora ali prevista não se encontra firmada em critérios vinculantes objetivos, mas em intervalo a ser observado pelo julgador, de acordo com as peculiaridades do feito e desde que presentes os requisitos para tanto necessários:

Art. 33, § 4 – Nos delitos definidos no caput e no § 1 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.

Outrossim, cumpre frisar que a quantidade e natureza de droga devem ser levadas em consideração no momento de fixação das penas, uma vez que preponderam, inclusive, sobre o previsto no art. 59, do Código Penal, em consonância com o disposto no art. 42, da Lei nº 11.343/06.

In casu, uma vez que o acusado guardava e mantinha em depósito 678g de maconha (evento 42, autos do IP), quantidade expressiva do entorpecente apreendido, inexistente flagrante ilegalidade ou desproporcionalidade na fração escolhida.

Vertendo esse mesmo posicionamento:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA (ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06). QUANTUM DE REDUÇÃO. FRAÇÃO MÍNIMA (1/6). POSSIBILIDADE. NATUREZA DA DROGA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ART. 42 DA LEI N. 11.343/06. REGIME PRISIONAL E SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR RESTRITIVA DE DIREITOS. PLEITOS PREJUDICADOS. QUANTUM DA PENA NÃO ALTERADO. PENA SUPERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO. OBSERVÂNCIA DO ART. 33, § 2º, ALÍNEA B, DO CÓDIGO PENAL – CP. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. 1. Diante da hipótese de habeas corpus substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal – STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça – STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal. 2. A aplicação da redutora prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 depende do convencimento do Magistrado de que o apenado, primário e de bons antecedentes, não se dedique a atividades delituosas nem integre organização criminosa. In casu, o entendimento consignado pelo Tribunal a quo está em consonância com a jurisprudência deste Tribunal Superior, firmada no sentido de que, na escolha do quantum de redução da pena em razão da incidência do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, o Juiz deve levar em consideração a quantidade e a natureza da substância apreendida, por expressa previsão legal (art. 42 da Lei n. 11.343/06). 3. Não havendo alteração no quantum da pena, os pleitos quanto ao regime prisional e à substituição da reprimenda por restritiva de direitos encontram-se prejudicados, haja vista que a pena fixada é superior a 4 anos de reclusão (art. 33, § 2º, alínea b, do Código Penal). 4. Habeas corpus não conhecido. (STJ, HC 475.695/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 13/11/2018, DJe 28/11/2018) – grifei.

Destarte, mantém-se a redutora em 3/5, restando a pena definitiva em 2 anos de reclusão, e 200 dias-multa no valor unitário mínimo.

Adiante, insta rememorar que o apelante também restou condenado pelo crime

de posse irregular de arma de fogo de uso permitido (art. 12, caput, da Lei nº 10.826/03), o qual prevê pena de 1 a 3 anos de detenção, e multa. No caso, verifica-se que a pena-base foi fixada no mínimo legal de 1 ano de detenção e 10 dias-multa, após o sentenciante considerar que nenhuma das circunstâncias judiciais do artigo 59, do Código Penal, é desfavorável ao réu.

Na sequência, não concorrem circunstâncias agravantes da pena e, embora reconhecidas circunstâncias atenuantes (menoridade e confissão espontânea), não poderão ser dosadas por óbice intransponível ao teor da súmula nº 231, do STJ, mantendo-se provisória a pena-base.

Na terceira fase, a pena estabeleceu-se definitiva em 1 ano de detenção e 10 dias-multa, no valor unitário mínimo, haja vista a inocorrência de causas especiais de aumento e/ou redução da reprimenda.

Em sendo aplicável a regra disciplinada pelo art. 69, do Código Penal (concurso material de crimes), o d. magistrado a quo condenou o acusado, definitivamente, à pena de 3 anos de reclusão e 210 dias-multa, no valor unitário mínimo.

Todavia, malgrado seu brilhantismo costumeiro, em atenção à melhor técnica jurídica entendo que ao depararmos com a existência de penas privativas de liberdade punidas com reclusão e detenção, deverá aquela (reclusão) ser executada em primeiro lugar, por ser a mais gravosa, ao tempo em que, nesta hipótese, as reprimendas (detenção e reclusão) não deverão ser somadas na sentença.

Verifica-se que o caso dos autos não se refere à unificação das penas para fins de execução penal, mas para definição do regime inicial de cumprimento da pena. Nesse contexto, deve ser aplicado o regime correspondente para cada um dos crimes, nos termos dos arts. 69 e 76 do Código Penal e, não, o art. 111 da Lei de Execução Penal.

A propósito, colaciono precedentes recentes de ambas as Turmas que compõem a 3ª Sessão do Superior Tribunal de Justiça, bem como de outros tribunais pátrios:

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. POSSE ILEGAL DE ARMAS DE FOGO DE USO PERMITIDO. CONCURSO MATERIAL DE CRIMES. INFRAÇÕES COM PENAS DISTINTAS. RECLUSÃO E DETENÇÃO. FIXAÇÃO DE REGIME INICIAL. IMPOSSIBILIDADE DE SOMATÓRIO. AGRAVO CONHECIDO PARA NEGAR CONHECIMENTO AO RECURSO ESPECIAL.

1. Trata de hipótese de fixação de regime inicial de cumprimento das reprimendas, no caso de concurso de infrações, situação em que são aplicáveis os arts. 69 e 76 do Código Penal (AgRg no AREsp 1.619.879/MT, Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, DJe 22/5/2020), e não o art. 111 da Lei de Execução Penal, que cuida da hipótese de unificação das penas na execução. 2. Agravo conhecido para negar conhecimento ao recurso especial. (TJTO, AREsp n. 1.658.303/GO, relator Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 2/3/2021, DJe de 5/3/2021) – grifei

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PENAL. TENTATIVA DE ROUBO. FALSA IDENTIDADE. RECEPÇÃO. ADULTERAÇÃO SINAL IDENTIFICADOR. PORTE ARMA. ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA. CONDENAÇÃO. RECLUSÃO E DETENÇÃO. FIXAÇÃO DE REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE DE SOMATÓRIO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. A teor do art. 111 da Lei n. 7.210/1984, na unificação das penas, devem ser consideradas cumulativamente tanto as reprimendas de reclusão quanto as de detenção para efeito de fixação do regime prisional, porquanto constituem penas de mesma espécie, ou seja, ambas são penas privativas de liberdade 2. No caso, tratando-se de fixação de regime inicial de cumprimento da pena, deve ser aplicado o regime correspondente para cada um dos crimes, pois aplica-se o disposto nos

arts. 69 e 76 do CP e, não, o art. 111 da Lei de Execução Penal, que cuida da hipótese de unificação das penas na execução. 3. Agravo regimental não provido. (AgRg no Resp 1939600/GO, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 28/06/2021) – grifei

APELAÇÃO CRIMINAL – POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO COM NUMERAÇÃO SUPRIMIDA – LESÃO CORPORAL NO ÂMBITO DOMÉSTICO – SOMA DAS PENAS DE RECLUSÃO E DETENÇÃO– IMPOSSIBILIDADE – SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE DIREITO POR RESTRITIVAS DE LIBERDADE – INADMISSIBILIDADE – GRATUIDADE DE JUSTIÇA– CONCESSÃO. Havendo concurso material de crimes punidos com reclusão e detenção, inviável a soma das penas, consoante interpretação do art. 69 do CP . Inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, nos termos do art. 44 do CP, uma vez que o delito foi cometido com o emprego de violência. Não derruída a presunção de veracidade que emana da declaração de hipossuficiência deduzida por pessoa natural, deve ser deferida a gratuidade de justiça. (TJ-MG – APR: 10000220299804001 MG, Relator: Valéria Rodrigues Queiroz, Data de Julgamento: 25/05/2022, Câmaras Especializadas Crimina / 9ª Câmara Criminal Especializa, Data de Publicação: 25/05/2022) – grifei

APELAÇÃO CRIMINAL. POSSE IRREGULAR DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. TRÁFICO DE DROGAS. REDUÇÃO DA SANÇÃO CORPÓREA DO TRÁFICO. EXCESSIVO RIGOR. RECONHECIMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. VIABILIDADE. PENAS DE RECLUSÃO E DETENÇÃO. SOMA. AFASTAMENTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. 1. Entendido, na instância recursal, que se deixou de reconhecer a causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas, impõe-se seja a pena reduzida. 2. Deve ser afastada a soma das penas de reclusão e de detenção, pois o cúmulo material não se aplica em casos tais, tanto para fins de fixação de regime prisional, como de cumprimento, executando-se primeiro a de reclusão, nos termos do artigo 69, parte final, do Código Penal. 3. Inviável a substituição das penas privativas de liberdade por restritivas de direitos, porquanto não preenchidos os requisitos do artigo 44 do Código Penal, bem como incidente a vedação constante do § 1º, do artigo 69, do mesmo diploma legal. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. (TJ-GO – APR: 449797520158090105, Relator: DES. ITANEY FRANCISCO CAMPOS, Data de Julgamento: 07/03/2019, 1A CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: DJ 2711 de 21/03/2019) – grifei

APELAÇÃO CRIMINAL. COAÇÃO. CONSTRAGIMENTO ILEGAL. MANUTEÇÃO DA PENA BASE DO CRIME DE COAÇÃO FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA TENTATIVA NO MÍNIMO LEGAL. PENA DE MULTA. PENAS DE RECLUSÃO E DETENÇÃO. SOMA. INCABÍVEL. CORREÇÃO DE OFÍCIO. RECURSO PROVIDO EM PARTE. 1. Manutenção da pena base. As circunstâncias judiciais referentes ao crime de coação são ínsitas ao tipo penal em questão. 2. O patamar mínimo legal relativo à causa de diminuição do crime tentado corresponde a 1/3 (um terço), e, não 1/6 (um sexto) como aplicado na sentença recorrida. 3. A pena de multa deve ser fixada de acordo com os critérios utilizados a pena privativa de liberdade. 4. Tratando-se de unificação de penas de naturezas distintas, reclusão e detenção, em face da ocorrência de concurso material de crimes, primeiro se executa aquela, nos termos do art. 69 do Código Penal, devendo ser fixados regimes de cumprimento específicos para cada uma delas, sendo incabível, portanto, a soma simplificada das penas. Correção de ofício. 5. Apelação da acusação provida em parte. E, de ofício, exclusão da soma simplificada referente ao concurso material em razão da natureza distinta das penas. (TRF-3 – Ap: 00036702920154036102 SP, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MAURICIO KATO,

Data de Julgamento: 04/02/2019, QUINTA TURMA, Data de Publicação: e-DJF3 Judicial 1 DATA:12/02/2019) – grifei

Logo, procedo à correção, de ofício, da pena definitiva do sentenciado, ficando condenado, definitivamente, à pena de 2 anos de reclusão e 1 ano de detenção, além de 210 dias-multa no valor unitário mínimo, devendo aquela ser executada em primeiro lugar, por ser a mais gravosa.

Observando que a pena corpórea não ultrapassou os quatro anos, mantenho o regime inicial aberto de cumprimento da pena, nos termos do art. 33, § 2º, c, do Código Penal, sendo cabível, na espécie, a substituição da pena corpórea por restritivas de direitos, tal como consignado no decisum guerreado, porque atendidos os requisitos do art. 44, do Código Penal.

Por derradeiro, não prospera o pleito de isenção do pagamento das custas nos termos da Lei nº 1.060/1950, uma vez que constitui efeito da sentença condenatória (artigo 804, do Código de Processo Penal) e a suspensão da exigibilidade deve ser efetivada perante o juízo da execução penal, mediante prova da situação de hipossuficiência alegada.

Nesse sentido, a jurisprudência:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. PLEITO DE JUSTIÇA GRATUITA. OMISSÃO CONFIGURADA. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DA EXECUÇÃO. A concessão dos benefícios da justiça gratuita é delegada ao Juízo da Execução, por não ser este o momento apropriado para sua apreciação. Omissão sanada. (TJT0. AP nº 0004567-86.2019.8.27.0000. 2ª Turma da 1ª Câmara Criminal. Relatora: Juíza Edilene Amorim Alfaix Natário – em substituição. Data de Julgamento: 02/07/2019) – grifei

APELAÇÃO CRIMINAL. ART. 163, INC. III, DO CP. COMPENSAÇÃO DE CIRCUNSTÂNCIA ATENUANTE. CONFISSÃO COM CIRCUNSTÂNCIA AGRAVANTE. REINCIDÊNCIA. ISENÇÃO AO PAGAMENTO DAS CUSTAS PROCESSUAIS. MATÉRIA ATINENTE AO JUÍZO DA EXECUÇÃO. APELO CONHECIDO E PROVIDO. 1 – O Superior Tribunal de Justiça em sede de recursos repetitivos (tema nº 585) firmou tese no sentido de que: "É possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante reincidência". 2 – A hipossuficiência financeira do apelante não afasta a imposição do pagamento das custas processuais em caso de condenação ( CPP, art. 804), face a inexistência de previsão legal para tal isenção, eventual suspensão do cumprimento de tal obrigação, com supedâneo no art. 12 da Lei nº 1060/50, ficará a cargo do juízo da execução penal. 3 – Apelo conhecido e provido. (TJT0. AP 0018750-62.2019.8.27.0000. 1ª Câmara Criminal. Relator: Desembargador Eurípedes Lamounier. Data de Julgamento: 14/04/2020) – grifei

Diante do exposto, voto no sentido de conhecer do recurso e NEGAR-LHE PROVIMENTO. DE OFÍCIO, afasta-se a soma simplificada das penas cominadas ao réu, fixando a reprimenda definitiva de Elinio dos Santos Alves Júnior em 2 anos de reclusão e 1 ano de detenção, além de 210 dias-multa no valor unitário mínimo, ambas no regime inicial aberto, pela prática dos crimes previstos nos artigos 33, § 4º da Lei nº 11.343/06 e 12, caput, da Lei nº 10.826/03, respectivamente.

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 540904v9 e do código CRC 1bf5575e. Informações adicionais da assinatura: Signatário (a): ANGELA MARIA RIBEIRO PRUDENTE Data e Hora: 28/6/2022, às

10:33:59

0037585-25.2020.8.27.2729

540904 .V9

Documento:540905

Poder Judiciário

JUSTIÇA ESTADUAL

Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins

GAB. DA DESA. ANGELA PRUDENTE

Apelação Criminal (PROCESSO ORIGINÁRIO EM MEIO ELETRÔNICO) Nº  
0037585-25.2020.8.27.2729/TO

RELATORA: Desembargadora ANGELA MARIA RIBEIRO PRUDENTE

APELANTE: ELINIO DOS SANTOS ALVES JUNIOR (RÉU)

ADVOGADO: CINDY KELLY VERAS DE CARVALHO PINHEIRO (OAB TO008828)

APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO (AUTOR)

EMENTA: APELAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. PRELIMINAR. MANDADO DE BUSCA E  
APREENSÃO EM RESIDÊNCIA. ALEGAÇÃO DE QUE DECISÃO FOI GENÉRICA.  
IMPROCEDÊNCIA. OBSERVÂNCIA AO DISPOSTO NA LEI PROCESSUAL PENAL.

1. Consoante disposição do art. 240, § 1º, do Código de Processo Penal, a  
busca domiciliar está condicionada à presença de fundadas razões, havendo  
a necessidade de que elementos informativos indiquem que a coisa ou a  
pessoa encontra-se no interior da casa a ser diligenciada, a qual deverá  
ser indicada, o mais precisamente possível, no mandado de busca.

2. Não obstante a alegação da defesa de que o mandado de busca e apreensão  
afigurou-se genérico, vislumbra-se que a decisão prolatada pelo juiz  
singular atendeu, a contento, às formalidades legais, haja vista que foi

subsidiado por uma vasta investigação de pontos de venda de drogas na Região Sul de Palmas, existindo fundadas razões da existência de traficância naqueles locais e evidenciada a indicação precisa das residências a serem diligenciadas.

3. Ademais, uma vez que a medida visou, exclusivamente, a apreensão de drogas, armas ou produtos derivados do crime, por certo que a indicação precisa da casa do acusado como ponto de tráfico/"boca de fumo", somada à indicação do motivo e os fins da diligência e subscrito pelo autoridade competente, rechaçam a alegação de conteúdo genérico, reverberando na legitimidade deste meio de obtenção de prova.

MÉRITO. DOSIMETRIA. SEGUNDA FASE. ATENUANTES DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA E MENORIDADE RELATIVA. FIXAÇÃO AQUÉM DO MÍNIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 231 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

4. Conforme construção doutrinária e jurisprudencial, ainda que se reconheça a incidência de circunstâncias atenuantes, 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 fixar a reprimenda.

5. O Colendo 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 597270-00-RG/RS, com repercussão geral reconhecida.

6. Na hipótese vertente, embora tenham sido reconhecidas as atenuantes da pena confissão espontânea e menoridade, inexistente possibilidade, nos termos da Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça, de se minorar a pena provisória a patamar inferior ao mínimo previsto abstratamente para o crime, tendo em vista que a pena-base foi fixada no mínimo legal.

TERCEIRA FASE. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA (ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06). TRÁFICO PRIVILEGIADO. QUANTUM DE REDUÇÃO. FRAÇÃO DE 3/5. POSSIBILIDADE. QUANTIDADE DA DROGA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA.

7. O estabelecimento do redutor na fração de 3/5 não se mostrou desarrazoado diante da quantidade da substância entorpecente apreendida na residência do réu (678g de maconha), atraindo a incidência do art. 42, da Lei n.º 11.343/2006, o qual ressalta a preponderância do vetor "natureza e quantidade" da substância na fixação das penas. Precedentes do STJ.

CONCURSO MATERIAL DE CRIMES. SOMATÓRIO. PENAS DE RECLUSÃO E DETENÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SENTENÇA REFORMADA DE OFÍCIO.

8. É incabível o somatório simplificado das penas de natureza distintas, reclusão e detenção, uma vez que aquela deve ser executada em primeiro lugar, por ser a mais gravosa, conforme arts. 69 e 76 do Código Penal. CONDENAÇÃO EM CUSTAS PROCESSUAIS. REVERSÃO. MOMENTO DA VERIFICAÇÃO. JUÍZO DA EXECUÇÃO. PLEITO IMPROCEDENTE.

9. É na fase da execução que deve ser avaliada a hipossuficiência de quem reclama os auspícios da justiça gratuita, para fins de isenção do pagamento das custas processuais.

10. Apelação conhecida e improvida. Somatório das penas alterado ex officio, para fixar a reprimenda definitiva de Elinio dos Santos Alves Júnior em 2 anos de reclusão e 1 ano de detenção, além de 210 dias-multa no valor unitário mínimo, ambas no regime inicial aberto, pela prática dos crimes previstos nos artigos 33, § 4º da Lei nº 11.343/06 e 12, caput, da Lei nº 10.826/03, respectivamente

ACÓRDÃO

A Egrégia 2ª Turma da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins decidiu, por unanimidade, conhecer do recurso e NEGAR-LHE PROVIMENTO. DE OFÍCIO, afasta-se a soma simplificada das penas cominadas ao réu, fixando a reprimenda definitiva de Elinio dos Santos Alves Júnior em 2 anos de reclusão e 1 ano de detenção, além de 210 dias-multa no valor unitário mínimo, ambas no regime inicial aberto, pela prática dos crimes previstos nos artigos 33, § 4º da Lei nº 11.343/06 e 12, caput, da Lei nº 10.826/03, respectivamente, 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. Adriano César Pereira Das Neves.

Palmas, 21 de junho de 2022.

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 540905v7 e do código CRC 4d35835e. Informações adicionais da assinatura: Signatário (a): ANGELA MARIA RIBEIRO PRUDENTE Data e Hora: 30/6/2022, às 17:28:17

0037585-25.2020.8.27.2729

540905 .V7

Documento:540893

Poder Judiciário

JUSTIÇA ESTADUAL

Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins

GAB. DA DESA. ANGELA PRUDENTE

Apelação Criminal (PROCESSO ORIGINÁRIO EM MEIO ELETRÔNICO) Nº  
0037585-25.2020.8.27.2729/T0

RELATORA: Desembargadora ANGELA MARIA RIBEIRO PRUDENTE

APELANTE: ELINIO DOS SANTOS ALVES JUNIOR (RÉU)

ADVOGADO: CINDY KELLY VERAS DE CARVALHO PINHEIRO (OAB T0008828)

APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO (AUTOR)

#### RELATÓRIO

Trata-se de Apelação interposta por ELINIO DOS SANTOS ALVES JUNIOR em face da sentença (evento 57, autos originários) proferida nos autos da ação nº 0037585-25.2020.8.27.2729, em trâmite no Juízo da 4ª Vara Criminal da Comarca de Palmas, na qual foi condenado pela prática dos crimes descritos nos art. 33, caput, da Lei nº 11.343/06 e art. 12, da Lei nº 10.826/03, cuja pena restou definitivamente fixada em 3 anos de reclusão, no regime inicial aberto, além de 210 dias-multa, no valor unitário mínimo. A pena corpórea foi substituída por duas restritivas de direitos.

Segundo se extrai da denúncia, no dia 29/07/2020, por volta das 06h30min, na residência localizada na Rua 11, Quadra C-02, Lote 41, Setor Jardim Aurenny IV, em Palmas-TO, o ora apelante foi flagrado, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, guardando/mantendo em depósito, para fins de comércio ilegal, 663 g (seiscentos e sessenta e três gramas) de massa líquida de maconha, e possuindo/mantendo sob sua guarda 1 (uma) arma de fogo calibre “.36”, de fabricação artesanal, e 2 (duas) munições de mesmo calibre.

Apurou-se que nas circunstâncias de tempo e local citadas, durante o cumprimento de mandado de busca e apreensão expedido no bojo da Operação Cálice de Higeia, com o objetivo de desarticular locais identificados como de microtraficância, Agentes da Polícia Civil localizaram e apreenderam na residência do acusado as porções da substância entorpecente mencionada, sendo 1 (uma) porção grande prensada e envolta por plástico filme, 1 (uma) porção prensada em formato de meio tablete e envolta por fita adesiva e plástico filme, 3 (três) porções prensadas envoltas em plástico de cor preta e 1 (uma) porção prensada envolta em plástico transparente. As porções menores estavam espalhadas pelo piso do quarto do denunciado, ao passo em que a porção maior estava oculta sob a sua cama.

Também foram apreendidos (as) na residência: 2 (duas) facas com resíduos de maconha; 1 (um) rolo de plástico filme; 1 (uma) arma de fogo calibre “.36”, apta a efetuar disparos; 2 (duas) munições de mesmo calibre, sendo uma deflagrada e uma intacta, revelando-se esta última eficiente nos testes de balística; 2 (dois) aparelhos celulares; e a quantia de R\$ 3.928,00 (três mil, novecentos e vinte e oito reais) em espécie, dos quais R\$ 3.900,00 (três mil e novecentos reais) em cédulas falsas.

Em razão do fato, foi denunciado como incurso nas sanções do art. 33, caput, da Lei nº 11.343/06 e art. 12, da Lei nº 10.826/03, denúncia esta recebida em 22/10/2020. Feita a instrução, o d. magistrado a quo julgou a pretensão punitiva estatal procedente, condenando-o nos termos declinados em linhas pretéritas.

Nas razões recursais (evento 18, autos em epígrafe), o apelante suscita preliminar de nulidade no procedimento de busca e apreensão, uma vez que, "tanto a representação da Autoridade Policial quanto a Decisão autorizativa da busca e apreensão, processo n. 0026821-77.2020.8.27.2729,



Abrevia que os autos estão maculados por vício insanável, diante da nulidade da busca e apreensão.

Adiante, pugna pela aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 em seu patamar máximo, qual seja, 2/3, porquanto a expressividade da substância apreendida não traduz em fundamento idôneo a justificar a incidência de fração diversa.

Em sede de contrarrazões (evento 24, autos em epigrafe), o apelado propugnou pelo conhecimento e improvimento do recurso, a fim de que a sentença seja mantida em seus exatos termos. No mesmo sentido opinou a d. Procuradoria-Geral de Justiça, no parecer exarado no evento 29.

Ao revisor, nos termos do disposto no art. 38, inciso III, alínea "a", do RITJTO.

REVISOR: Juiz JOCY GOMES DE ALMEIDA  
PRESIDENTE: Desembargador ADOLFO AMARO MENDES  
PROCURADOR (A): ADRIANO CÉSAR PEREIRA DAS NEVES

APELANTE: ELINIO DOS SANTOS ALVES JUNIOR (RÉU)  
ADVOGADO: CINDY KELLY VERAS DE CARVALHO PINHEIRO (OAB T0008828)

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, CONHECER DO RECURSO E NEGAR-LHE PROVIMENTO. DE OFÍCIO, AFASTA-SE A SOMA SIMPLIFICADA DAS PENAS COMINADAS AO RÉU, FIXANDO A REPRIMENDA DEFINITIVA DE ELINIO DOS SANTOS ALVES JÚNIOR EM 2 ANOS DE RECLUSÃO E 1 ANO DE DETENÇÃO, ALÉM DE 210 DIAS-MULTA NO VALOR UNITÁRIO MÍNIMO, AMBAS NO REGIME INICIAL ABERTO, PELA PRÁTICA DOS CRIMES PREVISTOS NOS ARTIGOS 33, § 4º DA LEI Nº 11.343/06 E 12, CAPUT, DA LEI Nº 10.826/03, RESPECTIVAMENTE.

RELATORA DO ACÓRDÃO: Desembargadora ANGELA MARIA RIBEIRO PRUDENTE  
Votante: Desembargadora ANGELA MARIA RIBEIRO PRUDENTE  
Votante: Juiz JOCY GOMES DE ALMEIDA  
Votante: Desembargador EURÍPEDES LAMOUNIER  
WANDELBERTE RODRIGUES DE OLIVEIRA  
Secretário