

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0500342-05.2019.8.05.0088 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: JOSE EVANGELISTA DOS SANTOS JUNIOR e outros Advogado (s): GUILHERME CRUZ DO NASCIMENTO registrado (a) civilmente como GUILHERME CRUZ DO NASCIMENTO APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): ACORDÃO APELAÇÃO CRIMINAL. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. DETRAÇÃO PENAL JÁ REALIZADA. CONHECIMENTO PARCIAL. AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR QUANTO AO PONTO. PRELIMINARES. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. OCORRÊNCIA. CERCEAMENTO DE DEFESA. INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE INSTAURAÇÃO DO INCIDENTE DE DEPENDÊNCIA TOXICOLÓGICA. MERA ALEGAÇÃO DA CONDIÇÃO DE USUÁRIO OU DE DEPENDENTE QUÍMICO. INSUFICIÊNCIA. NULIDADE DE PROVAS. VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. FUNDADAS RAZÕES. CRIMES PERMANENTES. MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVA COMPROVADAS. DEPOIMENTOS DE POLICIAIS RESPONSÁVEIS PELO FLAGRANTE E INVESTIGAÇÕES PRETÉRITAS CORROBORADOS POR OUTROS MEIOS DE PROVA. VALOR PROBANTE. POSSIBILIDADE DE USO DE ELEMENTOS INDICIÁRIOS. PRECEDENTES DO STJ. DECOTE DA CAUSA DE AUMENTO PREVISTA NO ART. 40, INCISO IV, DA LEI DE DROGAS. INVIABILIDADE. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA CORRELAÇÃO. EMENDATIO LIBELLI. INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. DESÍGNIOS AUTÔNOMOS. REFORMA DA DOSIMETRIA. ERRO MATERIAL NO DISPOSITIVO DA SENTENÇA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS OU APLICAÇÃO DO SURSIS. INVIABILIDADE. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. BENEFÍCIOS DA JUSTIÇA GRATUITA. HIPOSSUFICIÊNCIA ECONÔMICA. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DA EXECUÇÃO. 1. Apelações criminais interpostas simultaneamente por JOSÉ EVANGELISTA DOS SANTOS JÚNIOR e FLÁVIO VILAS BOAS FERNANDES contra sentença que os condenou pela prática dos crimes de posse irregular de arma de fogo de uso permitido e associação para o tráfico, impondo, para ambos, a pena privativa de liberdade de 4 anos e 6 meses, em regime inicial aberto, após a necessária detração do tempo de prisão provisória, além de 827 dias-multa, no valor unitário mínimo, uma vez que, em 28/07/2019, o segundo Apelante foi flagrado por policiais militares, no interior de sua residência, na posse de uma pistola Kanik 9mm, com numeração suprimida, contendo 18 cartuchos intactos e um carregador com mais 5 cartuchos intactos do mesmo calibre, enquanto o primeiro Apelante, na tentativa de escapar da ação policial, deixou cair uma pistola Taurus 9mm, nº de série THR 50586, e 2 carregadores que continham 27 cartuchos de igual calibre, restando ainda comprovado que estavam associados entre si e aos membros da organização criminosa denominada CRC, ROUBA CENA ou TUD015, para o comércio ilegal de substâncias entorpecentes. 2. O recurso interposto por JOSÉ EVANGELISTA SANTOS JÚNIOR deve ser conhecido apenas parcialmente. Isto porque a detração penal reclamada já foi realizada na sentença recorrida, com fixação do regime aberto para o cumprimento inicial da reprimenda, faltando-lhe, quanto ao ponto, interesse de agir. 3. À guisa de preliminar, considerando a pena privativa de liberdade de 1 ano de detenção imposta a FLÁVIO VILAS BOAS FERNANDES pelo crime de posse irregular de arma de fogo de uso permitido, tem-se que o prazo prescricional é de 4 anos, nos termos do art. 109, V, do CP. No entanto, este prazo deve ser reduzido à metade, ou seja, 2 anos, a rigor do que preconiza o art. 115 do mesmo diploma legal, considerando que, ao tempo do crime (28/07/2019), era ele menor de 21 anos, porquanto nascido em 07/01/2001, consoante documento de identidade trazido aos autos. Assim, como entre o recebimento da denúncia, ocorrido em 02/09/2019, até a data da publicação da sentença condenatória, cuja prolação se deu em

17/01/2022, tem-se o decurso de período superior a 2 anos, há de ser reconhecida a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva do Estado, pela pena in concreto, de forma retroativa. 4. Também, não é possível falar, no caso dos autos, em cerceamento de defesa, haja vista que a instauração do incidente de dependência toxicológica somente é aplicável havendo dúvida fundada se ao tempo do crime o acusado era inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se conforme esse entendimento, não sendo suficiente a mera alegação da condição de usuário ou de dependente químico. Precedentes do STJ. 5. Fechando a análise das teses preliminares, compreendo, nos termos do Parecer Ministerial, que não há nulidade nas provas obtidas, tendo sido demonstradas as fundadas razões para se concluir que havia flagrante delito em andamento a autorizar o ingresso em domicílio sem autorização judicial prévia. 6. No mérito, entendo que a materialidade delitiva do crime de posse ilegal de arma de fogo de uso permitido restou devidamente comprovada pelos autos de exibição e apreensão e os laudos dos exames periciais. Já a materialidade do crime de associação para o tráfico, bem como a autoria de ambos os delitos a que respondem os acusados restaram demonstradas a partir da prova oral produzida em juízo, notadamente os depoimentos dos policiais militares e civis arrolados como testemunhas pela acusação, aos quais a jurisprudência de nossas cortes judiciais superiores empresta elevado valor probante, sobretudo quando coerente e compatível com as demais provas dos autos. 7. Ademais, a namorada de FLÁVIO VILAS BOAS FERNANDES, presente no imóvel onde se deu a apreensão de uma das armas de fogo, quando ouvida em sede policial, afirmou que ele havia recebido o objeto há aproximadamente quatro dias antes da diligência que culminou em sua prisão, cedido pelo líder da facção para quem trabalhava, a fim de se defender de possíveis ataques de grupo rival. Quanto ao ponto, cabe frisar que, nos termos da jurisprudência do STJ, “o art. 155 do CPP disciplina que o Magistrado não pode formar sua convicção com base 'exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação', não havendo qualquer empecilho à utilização dos mencionados elementos em conjunto com as demais provas judicializadas” (AgRg no Resp nº 1.972.093 – SP, Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, QUINTA TURMA, julgado em 26/04/2022, DJe 29/04/2022). 8. Na análise dos pleitos subsidiários, não cabe o decote da majorante inscrita no art. 40, inciso IV, da Lei de Drogas. O conjunto probatório deixa patente que os acusados mantinham a posse de armamento que pertenciam ao grupo criminoso que integravam para a participação em atentados contra sujeitos pertencentes ao grupo rival e em outros crimes correlatos. Lado outro, é entendimento pacificado em nossas cortes judiciais superiores que o réu se defende dos fatos narrados na exordial acusatória e não da capitulação penal nela inserida, de maneira que, comprovada a subsunção da conduta a tipo penal diverso, caberá ao juiz natural da causa, no momento da prolação da sentença e observando as provas colhidas, realizar a emendatio libelli, se for o caso, nos termos do art. 383 do CPP. 9. Igualmente, não se mostra possível a aplicação do princípio da consunção, porquanto a posse de arma de fogo, de um lado, e a associação para o tráfico, de outro, ao que se tem dos elementos de provas trazidos aos autos, decorrem de desígnios autônomos, sem a verificação da relação de meio-fim que autorizaria a absorção de uma figura típica pela outra. 10. Por todo o exposto, deve a pena imposta ao Apelante FLAVIO VILAS BOAS FERNANDES ser definitivamente redimensionada para 3 anos e 6 meses de reclusão, em regime inicial aberto, além de 817 dias-multa, no valor unitário mínimo, porquanto

reconhecida a prescrição da pretensão punitiva quanto ao crime do Sistema Nacional de Armas. 11. No que se refere ao Apelante JOÃO EVANGELISTA DOS SANTOS JÚNIOR, não há qualquer reparo a ser feito na dosimetria da pena. Entretanto, o Magistrado sentenciante, reconhecendo o concurso material de crimes, promoveu o somatório das reprimendas, nos termos do art. 69 do CP, “fixando ao acusado a pena total de 4 (quatro) anos e 6 (seis) meses, bem como 827 (oitocentos e vinte e sete) dias-multa”, quando deveria manter a distinção entre as modalidades de pena privativa de liberdade imposta para cada um dos crimes. 12. Assim, deve ser sanado tal erro material, fazendo-se anotar a condenação definitiva de JOÃO EVANGELISTA DOS SANTOS JÚNIOR às penas de 1 ano de detenção e 3 anos e 6 meses de reclusão, além de 827 dias-multa, não cabendo, na hipótese, conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direito ou mesmo de suspensão condicional da pena, como requereu a sua defesa técnica, pois, como bem anotado pelo Magistrado sentenciante, trata-se de sujeito reincidente. 13. Por fim, no que diz respeito à isenção do pagamento de custas e demais despesas processuais, a jurisprudência do STJ foi firmada no sentido de que “o momento de se aferir a situação do condenado para eventual suspensão da exigibilidade do pagamento das custas processuais é a fase de execução, por tal razão, nos termos do art. 804 do Código de Processo Penal, mesmo que beneficiário da justiça gratuita, o vencido deverá ser condenado nas custas processuais” (AgRg no REsp 1803332 – MG, Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, QUINTA TURMA, julgado em 13/08/2019, DJe 02/09/2019). 14. Recurso interposto por FLÁVIO VILAS BOAS FERNANDES conhecido e parcialmente provido, apenas para reconhecer a prescrição da pretensão punitiva em relação ao crime de posse ilegal de arma de fogo de uso permitido. Recurso interposto por JOSÉ EVANGELISTA DOS SANTOS JÚNIOR parcialmente conhecida e, nesta extensão, não provido, sanando, de ofício, erro material no dispositivo da sentença, conforme acima descrito. Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Apelação Criminal nº 0500342-05.2019.8.05.0088, de Guanambi – BA, nos quais figuram como Apelantes JOSÉ EVANGELISTA DOS SANTOS JÚNIOR e FLÁVIO VILAS BOAS FERNANDES; e Apelado o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA. Acordam os Desembargadores integrantes da Primeira Turma da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia em CONHECER e DAR PARCIAL PROVIMENTO ao recurso interposto por FLÁVIO VILAS BOAS FERNANDES; e CONHECER PARCIALMENTE e, na extensão conhecida, NEGAR PROVIMENTO ao recurso interposto por JOSÉ EVANGELISTA DOS SANTOS JÚNIOR, pelas razões alinhadas no voto do relator. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL 1ª TURMA DECISÃO PROCLAMADA Conhecido e provido em parte Por Unanimidade Salvador, 15 de Dezembro de 2022. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0500342-05.2019.8.05.0088 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: JOSE EVANGELISTA DOS SANTOS JUNIOR e outros Advogado (s): GUILHERME CRUZ DO NASCIMENTO registrado (a) civilmente como GUILHERME CRUZ DO NASCIMENTO APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): RELATÓRIO Cuidam os autos de Apelações Criminais interpostas simultaneamente por JOSÉ EVANGELISTA DOS SANTOS JÚNIOR e FLÁVIO VILAS BOAS FERNANDES contra sentença de id 36208371, pela qual foram condenados como incurso nas sanções do art. 12 da Lei nº 10.826/2003 (posse irregular de arma de fogo de uso permitido) e art. 35 da Lei nº 11.343/2006 (associação para o tráfico), em concurso material, impondo, para ambos, a pena privativa de liberdade de 4 (quatro) anos e 6 (seis) meses, em regime

inicial aberto, após a necessária detração do tempo de prisão provisória, além de 827 (oitocentos e vinte e sete) dias-multa, no valor unitário mínimo, determinando-se a expedição dos alvarás de soltura competentes. Nas razões recursais de id 36208484, a DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DA BAHIA, tutelando os interesses de JOSÉ EVANGELISTA DOS SANTOS JÚNIOR, pugnou, preliminarmente, pelo reconhecimento de nulidade dos elementos de investigação obtidos a partir de violação ilegal de domicílio, argumentando que a busca e apreensão realizada na residência do acusado ocorreu “às 3h da madrugada, sem mandado e/ou prévia campana que pudesse presumir situação de flagrância”. No mérito, pediu por sua absolvição em razão da insuficiência de provas, tanto em relação ao crime de associação para o tráfico quanto ao crime de posse irregular de arma de fogo de uso permitido e, em caráter subsidiário, pelo afastamento da majorante prevista no art. 40, inciso IV, da Lei de Drogas ou ainda a aplicação do princípio da consunção, com a absorção do delito do Sistema Nacional de Armas pela causa de aumento da associação criminosa. Ainda, reclamou que “sejam revistas, após o novo cálculo da pena, a pena de multa, a possibilidade da conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, a possibilidade de suspensão condicional da pena e a detração”. As respectivas contrarrazões foram apresentadas pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA no id 36208488. Já nas razões de id 36208499, FLÁVIO VILAS BOAS FERNANDES pugnou, à guisa de preliminar, pelo reconhecimento da prescrição retroativa do crime previsto no art. 12 da Lei nº 10.826/2003, bem como da nulidade das provas obtidas a partir de violação ao domicílio, portanto, de maneira ilícita, e do indeferimento do pedido de instauração do incidente de averiguação de dependência toxicológica. Quanto ao ponto, anotou que “os argumentos que negou o incidente são genéricos abstratos, sem qualquer base probatória, contrariando a nova redação do artigo 315, inciso VI, do Código de Processo Penal” (sic). No mérito, pugnou pela absolvição do crime de associação para o tráfico por atipicidade formal da conduta, bem como a concessão dos benefícios da justiça gratuita, por se tratar de pessoa pobre na forma da lei. Contrarrazões do MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA no id 36208502. Remetidos os autos a este Tribunal, foram eles distribuídos por prevenção (autos nº 8014330-50.2020.8.05.0000), cabendo-me a Relatoria, conforme certidão de id 36560410. Instada a se manifestar, a Procuradoria de Justiça, por intermédio do parecer de id 37175001, opinou pelo conhecimento dos apelos, a fim de negar provimento ao que fora interposto por JOSÉ EVANGELISTA DOS SANTOS JÚNIOR e dar parcial provimento ao que fora interposto por FLÁVIO VILAS BOAS FERNANDES, apenas no sentido de reconhecer a prescrição retroativa em relação ao crime previsto no art. 12 da Lei nº 10.826/2003. Após conclusão para análise, elaborou-se o relatório competente, que restou submetido ao crivo da revisão. É o que importa relatar. Salvador/BA, 6 de dezembro de 2022. Des. Luiz Fernando Lima – 1ª Câmara Crime 1ª Turma Relator PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0500342-05.2019.8.05.0088 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: JOSE EVANGELISTA DOS SANTOS JUNIOR e outros Advogado (s): GUILHERME CRUZ DO NASCIMENTO registrado (a) civilmente como GUILHERME CRUZ DO NASCIMENTO APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): VOTO Conheço do recurso interposto por FLÁVIO VILAS BOAS FERNANDES, uma vez que preenchidos os requisitos de admissibilidade da espécie. No entanto, o recurso interposto por JOSÉ EVANGELISTA SANTOS JÚNIOR deve ser conhecido apenas parcialmente. Isto

porque a detração penal reclamada já foi realizada na sentença recorrida, com fixação do regime aberto para o cumprimento inicial da reprimenda, faltando-lhe, quanto ao ponto, interesse de agir. DA CONDUTA IMPUTADA AOS RECORRENTES De acordo com a sentença condenatória, FLÁVIO VILAS BOAS FERNANDES, em 28/07/2019, aproximadamente 01h00min, foi flagrado por policiais militares, no interior de sua residência, na posse de uma pistola Kanik 9mm, com numeração suprimida, contendo 18 cartuchos intactos, além de um carregador com mais cinco cartuchos intactos do mesmo calibre. Na sequência, ante informações de que JOSÉ EVANGELISTA DOS SANTOS JÚNIOR também estaria com arma de fogo no mesmo bairro, os militares saíram em sua procura. Este, na tentativa de escapar da ação policial, deixou cair uma pistola Taurus 9mm, nº de série THR 50586, e dois carregadores que continham 27 cartuchos de igual calibre. Conforme anotado, “as pistolas são de uso restrito das forças armadas conforme dispõe o art. 16, III, do Decreto 3.665 de 2000”, apurando-se, ainda, “que os acusados se associaram desde 2016 entre si e aos membros da organização criminosa de traficantes denominada CRC, ROUBA CENA ou TUD015, liderada por FABIANO ALMEIDA DOS SANTOS”. Contudo, vale o registro de que a Portaria nº 1.222/2019 do Comando do Exército classificou a pistola de 9mm como de uso permitido, impondo a necessidade de adequação típica para o crime do art. 12 da Lei nº 10.826/2003 ante a ocorrência de novatio legis in mellius (decisão de id 36207936). DAS TESES PRELIMINARES A) Da prescrição retroativa Encontra-se, exclusivamente no apelo interposto por FLÁVIO VILAS BOAS FERNANDES, pleito preliminar de extinção da sua punibilidade pela prática do crime de posse irregular de arma de fogo de uso permitido pelo advento da prescrição, em sua modalidade retroativa. Como consigna Paulo César Busato, “pela impossibilidade de reformatio in pejus, não havendo recurso da parte da acusação, a pena fixada em sentença sob recurso passa a regular os prazos prescricionais da pretensão punitiva, contados retroativamente, entre a data do crime e o recebimento da denúncia, e entre esta e a publicação da sentença, ou, se for o caso, pronúncia.”1. Na hipótese dos autos, considerada a pena privativa de liberdade de 1 (um) ano de detenção a ele imposta pelo referido crime, tem-se que o prazo prescricional é de 4 (quatro) anos, nos termos do art. 109, V, do CP. No caso do Apelante FLÁVIO VILAS BOAS FERNANDES, este prazo, contudo, deve ser reduzido à metade, ou seja, 2 (dois) anos, a rigor do que preconiza o art. 115 do mesmo diploma legal, considerando que, ao tempo do crime (28/07/2019), era ele menor de 21 anos, porquanto nascido em 07/01/2001, consoante documento de identidade trazido à fl. 31 do id 36207826. Assim, como entre o recebimento da denúncia, ocorrido em 02/09/2019 (id 36207861), até a data da publicação da sentença condenatória, cuja prolação se deu em 17/01/2022 (id 36208371), tem-se o decurso de período superior a 2 (dois) anos, não havendo dúvida quanto à ocorrência da prescrição da pretensão punitiva do Estado, pela pena in concreto, de forma retroativa. Acolho, portanto, a preliminar suscitada pelo Apelante FLÁVIO VILAS BOAS FERNANDES, para declarar extinta a sua punibilidade em relação ao crime previsto no art. 12 da Lei nº 10.826/2003. B) Do cerceamento de defesa pela negativa de instauração de incidente de dependência toxicológica O Apelante FLÁVIO VILAS BOAS FERNANDES também apresentou, em caráter preliminar, tese de nulidade por cerceamento de defesa em razão da negativa para instauração de incidente de dependência toxicológica. Quanto ao ponto, veja-se que a Magistrada a quo, na decisão de id 36207936, negou tal pedido sob o seguinte fundamento: [...] em que pese o exame laboratorial acostado aos autos

dando conta de presença de maconha, cocaína e crack em coleta feita no acusado Flávio Vilas Boas Fernandes, não há qualquer indício razoável a denegrir a higidez mental do acusado. Ora, o exame médico legal para fins de apurar a sanidade mental do acusado é necessário quando há dúvida sobre sua integridade mental e isso em nenhum momento do processo restou evidenciado durante as investigações policiais, pelo contrário, o acusado se mostrou coerente no seu depoimento, não tendo demonstrado comportamento a ensejar dúvida quanto a sua capacidade intelectual. A simples alegação de dependência química não tem o condão de elidir a responsabilidade do agente, quando o conjunto probatório aponta no sentido de que ele era, ao tempo do fato, inteiramente capaz de entender o caráter ilícito de sua conduta. Ademais, a mera alegação de que o acusado é usuário de substâncias entorpecentes sem qualquer demonstração de dúvida quanto ao seu poder de autodeterminação, por si só, não justifica a realização do exame de dependência toxicológica, providência que deve ser condicionada à efetiva demonstração da sua necessidade, circunstância não verificada nos autos até o momento. Ademais, as provas colhidas na fase inquisitorial, sequer indiciariamente, indica que o réu estivessem com a inteligência e volição prejudicadas durante a prática do crime, mas, ao contrário, as circunstâncias que envolveram o delito demonstram o pleno exercício da capacidade de discernimento do agente no momento da conduta delituosa. Basta ler o seu depoimento de fls. 29/30. Já na sentença ora combatida (id 36208371), o Magistrado que a proferiu voltou a anotar que “[n]o exame toxicológico do réu Flávio Vilas Boas não há qualquer indícios razoáveis de macular a higidez mental do acusado” (sic), anotando que: Ambos os réus em seus depoimentos tanto em sede pré processual quanto em sede judicial, demonstraram ter a plena sanidade mental, não demonstrando indício sequer de dúvida acerca da capacidade intelectual. Ocorre que a mera alegação de dependência química não tem o condão de ilidir a responsabilidade do agente, quando o conjunto probatório aponta no sentido de que ele era ao tempo do fato, inteiramente capaz de entender o caráter ilícito de sua conduta. Não houve, portanto, o alegado cerceamento de defesa, uma vez que a instauração do incidente de dependência toxicológica somente é aplicável havendo dúvida fundada se ao tempo do crime o acusado era inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se conforme esse entendimento, não sendo suficiente a mera alegação da condição de usuário ou de dependente químico. Nos termos do art. 149 do CPP, “quando houver dúvida sobre a integridade mental do acusado, o juiz ordenará, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, do defensor, do curador, do ascendente, descendente, irmão ou cônjuge do acusado, seja este submetido a exame médico-legal”. Inexistindo indício mínimo que lance dúvida sobre a integridade mental do acusado, como no caso concreto, correta a reiteração das decisões anteriores que indeferiram o pedido. Sobre a questão, colaciono recente julgado do STJ: PENAL. PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. ATUAÇÃO DE GUARDAS MUNICIPAIS. POSSIBILIDADE. FLAGRANTE DELITO. ABORDAGEM EM VIA PÚBLICA. FUNDADAS SUSPEITAS IN CASU. INVASÃO DE DOMICÍLIO NÃO EVIDENCIADA. AMPLO REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. NEGATIVA DE INSTAURAÇÃO DE INCIDENTE DE DEPENDÊNCIA TOXICOLÓGICA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE EM 1/6. QUANTIDADE E VARIEDADE DE DROGAS. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. REGIME FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. QUANTIDADE DE DROGA E REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. POSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. [...] V – Quanto à tese de cerceamento de

defesa, o entendimento jurisprudencial deste Tribunal é no sentido de que a necessidade de realização de laudo de dependência toxicológica deve ser demonstrada com base em elementos concretos, de modo que a simples alegação da condição de usuário não é suficiente para justificar a submissão do réu à referida perícia. VI – In casu, depreende-se dos autos que a instauração do referido incidente de dependência toxicológica foi indeferida pelas instâncias ordinárias, motivadamente, em virtude de não haver nos autos quaisquer indícios de prova a demonstrar dúvida concreta quanto à integridade mental do paciente. [...] Habeas corpus não conhecido. (HABEAS CORPUS nº 718.117 – SP, Relator Ministro Jesuíno Rissato, QUINTA TURMA, julgado em 22/03/2022, DJe 25/03/2022). Assim, não assiste razão ao Apelante FLÁVIO VILAS BOAS FERNANDES quanto ao ponto, de modo que a tese de nulidade por cerceamento de defesa em razão da negativa para instauração de incidente de dependência toxicológica não deve ser acolhida. C) Nulidade das provas supostamente obtidas mediante violação de domicílio

Fechando o capítulo acerca das teses preliminares, ambos os Apelantes rogaram pelo reconhecimento de nulidade das provas obtidas mediante violação de domicílio, o que passo a analisar. É sabido que a Constituição Federal vigente consagrou o direito fundamental à inviolabilidade do domicílio, dispondo, em seu art. 5º, inciso XI, que “a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial”. Nas palavras de Alexandre de Moraes, “[a] inviolabilidade domiciliar constitui uma das mais antigas e importantes garantias individuais de uma Sociedade civilizada, pois engloba a tutela da intimidade, da vida privada, da honra, bem como a proteção individual e familiar do sossego e tranquilidade, que não podem ceder – salvo excepcionalmente – à persecução penal ou tributária do Estado.” 2 Como se vê, tal direito, embora considerado fundamental, não é absoluto. O próprio texto constitucional cuidou de excetuar algumas situações, para além daquelas em que se vislumbra o prévio e livre consentimento do titular, que autorizam o ingresso no domicílio alheio, sendo a primeira delas as hipóteses de flagrante delito. Nesses casos, destacam Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero que, [...] embora as hipóteses de flagrante delito estejam definidas na legislação (o ingresso no domicílio se legitima apenas quando e se configurada a figura do flagrante), nem todas as situações se revelam tão claras e reclamam contextualização e adequada interpretação. Possivelmente a hipótese mais recorrente seja a da configuração da flagrância nos casos dos assim chamados crimes permanentes, como se dá no tráfico de drogas, quando o estado de flagrância se protraí no tempo. Aqui, o STF consolidou o entendimento de que, embora o flagrante delito legitime o ingresso, sem mandado judicial e a qualquer hora, no domicílio, há que ocorrer o controle jurisdicional posterior, sem o qual restaria esvaziada a correspondente garantia constitucional. Assim, os agentes estatais devem demonstrar a ocorrência de elementos mínimos caracterizadores do flagrante, de modo a justificar a medida – no caso, fundadas razões de que no interior da casa esteja ocorrendo um flagrante delito.<sup>3</sup> Assim, como indicam os autores, o STF definiu, em repercussão geral (Tema 280), a tese de que “a entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas a posteriori” (RE nº 603.616/R0, Relator Ministro Gilmar Mendes, DJe 08/10/2010). Ademais, deve-se acentuar que o STJ tem se posicionado no sentido de que

“as circunstâncias que antecederem a violação do domicílio devem evidenciar, de modo satisfatório e objetivo, as fundadas razões que justifiquem tal diligência e a eventual prisão em flagrante do suspeito, as quais, portanto, não podem derivar de simples desconfiança policial, apoiada, v. g., em mera atitude 'suspeita', ou na fuga do indivíduo em direção a sua casa diante de uma ronda ostensiva, comportamento que pode ser atribuído a vários motivos, não, necessariamente, o de estar o abordado portando ou comercializando substância entorpecente” (HABEAS CORPUS nº 598.051 – SP, Relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, SEXTA TURMA, julgado em 02/03/2021, DJe 15/03/2021), podendo o mesmo entendimento ser aplicado à posse irregular de arma de fogo de uso permitido, que igualmente se caracteriza como crime permanente. Porém, na presente hipótese, consoante fundamentado pelo Magistrado sentenciante, a prova dos autos evidencia que os policiais receberam denúncia de disparos de arma de fogo e, em diligência, chegaram até a residência de um dos responsáveis por efetuá-los. Na porta, um sujeito identificado como CLEISON ALVES SOUZA aguardava para ingressar no seu interior, mas o acusado FLÁVIO VILAS BOAS FERNANDES, percebendo a presença da polícia no local, correu para arremessar a pistola para o lado de fora. Foi nesse momento que “a polícia adentrou a residência e deu voz de prisão. Pelo fato de dentro da residência de Flávio existir documentos de José Evangelista, bem como pelo fato de Flávio relatar aos policiais que José Evagenlista, vulgo 'MIMA' estaria de posse de outra arma, os policiais seguiram em diligência até a residência de Mima. Lá chegando, Mima percebeu a presença policial e fugiu do local, sendo encontrado após busca policial na localidade.” Nesse passo, compreendo, nos termos do Parecer Ministerial, que não há nulidade nas provas obtidas, tendo sido demonstradas as fundadas razões para se concluir que havia flagrante delito em andamento a autorizar o ingresso em domicílio sem autorização judicial prévia. DO MÉRITO A) Da absolvição em razão da insuficiência do conjunto probatório No mérito de ambos os recursos, os Apelantes alegam a fragilidade do arcabouço probatório carreado aos autos para, assim, pugnar que sejam absolvidos em homenagem ao princípio do in dubio pro reo. Não obstante, entendo que a materialidade delitiva do crime de posse ilegal de arma de fogo de uso permitido restou devidamente comprovada pelos autos de exibição e apreensão (id 36207826, fls. 9 e 16) e os laudos dos exames periciais de id 32607837, fls. 3/5 e 6/7, bem como aquele trazido no id 36208058. O primeiro confirma a apreensão de uma pistola semiautomática, marca Taurus, modelo 24/7 G2, de calibre nominal 9mm, nº de série THR50586 que, “quando periciada, apresentava seus mecanismos de segurança, engatilhamento, percussão, extração e ejeção atuantes, achando-se apta para a realização de disparos em ação dupla”, além da apreensão de 27 (vinte e sete) munições de igual calibre, todos com espoletas intactas e sem código de rastreabilidade aparente. O segundo, por sua vez, assegura a apreensão de uma pistola semiautomática, marca Canik, modelo TP9 v2, de calibre nominal 9mm LUGER, nº de série T6472-17 que, igualmente, encontra-se apta para a realização de disparos e carregada com 23 (vinte e três) munições, também com espoletas intactas e sem código de rastreabilidade aparente. Por fim, o último laudo atesta a apreensão de 16 (dezesseis) estojos de calibre nominal 9mm, confeccionados em latão, com espoletas percutidas, sem código de rastreabilidade aparente, sendo que quinze apresentavam as inscrições na base “9mm AGUILA CBC” e um apresentava “9mm NTA CBC”. Lado outro, a materialidade do crime de associação para o tráfico, bem como a autoria de ambos os delitos a que respondem os



acusados restaram demonstradas a partir da prova oral produzida em juízo, portanto, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, notadamente os depoimentos dos policiais que atuaram para suas prisões em flagrante, arrolados como testemunhas pela acusação. O TEN/PM REINAN MESSIAS OLIVEIRA DE MATOS, como se observa da gravação disponível no sistema PJe Mídias, informa que, junto com seus colegas, recebeu informações de que os acusados haviam atirado contra uma casa onde residia a namorada de pessoa identificada como JOÃO VITOR, integrante de uma facção rival, iniciando, de imediato, a diligência. [...] através de informações, chegamos até a rua Pará, o nome da rua, no bairro Brasília. Assim que chegamos até a casa, e o primeiro momento que chegamos lá, vimos o Cleison, que é primo de Karla, que tava junto com eles, tava adentrando a casa. Então, nós demos a voz de abordagem para ele. Ele ainda assim entrou na casa e Flavinho, ao perceber a nossa presença, ele entrou na casa né, na varanda, e jogou a arma por cima do muro. Efetuamos a abordagem na casa, lá dentro também estava Karla [...] e lá nós encontramos, além de droga e o carregador da pistola, encontramos também os documentos de Mima. E eles informaram que Mima estaria ali nas redondezas, que teria saído a pouco tempo. (TEN/PM REINAN MESSIAS OLIVEIRA DE MATOS, testemunha da acusação, declarações em juízo, gravação disponível no sistema PJe Mídias). Mima é o apelido do acusado JOSÉ EVANGELISTA DOS SANTOS JÚNIOR. De modo que, diante dessa nova informação, apontando inclusive um possível endereço onde ele poderia estar, o TEN/PM REINAN MESSIAS OLIVEIRA DE MATOS relata que para lá seguiu com seus colegas e, quando se aproximaram da residência, o acusado tentou empreender fuga. Disse: [...] saiu pulando muros. Fizemos o cerco no quarteirão e, em uma dessas ruas do quarteirão, nós conseguimos abordá-lo e efetuar a prisão dele. Ele ao sair pulando os muros, ele tentou se livrar da outra pistola, a outra pistola 9mm. Nós encontramos em seguida. Aí nós deslocamos para a delegacia e apresentamos ele. (TEN/PM REINAN MESSIAS OLIVEIRA DE MATOS, testemunha da acusação, declarações em juízo, gravação disponível no sistema PJe Mídias). O TEN/PM REINAN MESSIAS OLIVEIRA DE MATOS, em suas declarações em juízo, ainda informou ter conhecimento do envolvimento de JOSÉ EVANGELISTA DOS SANTOS JÚNIOR em outras práticas criminosas e que tanto ele quanto FLÁVIO VILAS BOAS FERNANDES são integrantes de facção criminosa chefiada por pessoa conhecida como BAÚ, por considerável lapso de tempo, atuando, prioritariamente, em investidas contra integrantes de facção rival. Além dessas investidas contra os indivíduos da facção rival, inclusive o Flavinho ele participou do homicídio da Paula Mega Hair, que ocorreu no Monte Azul e pilotava a moto frequentemente para o pessoal ir nessas investidas, né? E Mima também ele era responsável por alguns pontos de drogas. [...] Eu não sei precisar o tempo certo. Eu sei que Mima já tem um bom tempo e Flavinho também. Flavinho desde que era menor fazia dupla com outro indivíduo chamado Kikinha. Andavam muito aí pelo Monte Pascoal, inclusive eles foram responsáveis aí por alguns confrontos com indivíduos da facção rival, né? Moravam na parte de cima do Monte Pascoal, ali pelas ruas Prudente de Moraes, ficavam por ali e frequentemente tanto o pessoal subia para trocar tiro com eles quanto eles desciam para trocar tiros com esse pessoal. Mima ele já integra a facção há mais tempo, inclusive antes de eu chegar aqui em Guanambi para trabalhar, ele já integrava a facção de Baú. (TEN/PM REINAN MESSIAS OLIVEIRA DE MATOS, testemunha da acusação, declarações em juízo, gravação disponível no sistema PJe Mídias). Na mesma direção foram as declarações prestadas pelo SD/PM NILBERTO DE JESUS CARVALHO. Transcrevo: [...] na data dos fatos aí, recebemos a informação de

que havia ocorrido tiros, disparos de arma de fogo em uma residência, em frente a uma residência no bairro Alto Caiçara, ali divisa entre bairro Alto Caiçara e Sol Nascente. E aí, de imediato, começamos a empreender diligência para tentar localizar os autores e recebemos, por meio de colaboradores, a informação de que um dos indivíduos que tinha participado dessa ação morava na Rua Pará, não me recordo o número agora, no bairro Brasília. E de imediato a gente se deslocou para lá, momento em que Cleison, se eu não me engano ele é primo de Karla, que tava na residência, ele tava chegando no imóvel. Foi dada voz de abordagem e aí, no interior do imóvel, Flavinho, ao perceber a presença da polícia, ele tentou, arremessou na verdade uma arma sobre o muro. E aí foi feita a abordagem e localizados os objetos que constam lá no processo. [...] Era uma arma de calibre 9mm, se eu não me engano. Sim, senhor, tava suprimida. Tava suprimida a numeração. (SD/PM NILBERTO DE JESUS CARVALHO, testemunha da acusação, declarações em juízo, gravação disponível no sistema PJe Mídias). Depois, ainda confirma as informações acerca da prisão em flagrante de JOSÉ EVANGELISTA DOS SANTOS JÚNIOR: No momento da busca, a gente percebeu que havia uma mala, com diversas peças de roupa, tinha um documento e, ao ver a identidade e a foto, a gente percebeu que se tratava de Mima. Aí ao perguntar ao Flavinho sobre o paradeiro, ele falou que Mima estaria na casa da namorada, que seria também no bairro Brasília. Aí de posse dessa informação, a gente deslocou para lá, com o apoio da outras guarnições fez o cerco na residência. Mima tentou fugir pulando muros de vizinhos, fazendo a fuga por esses muros. Mas, um momento depois ele foi capturado [...] depois, com o prosseguimento da diligência, a arma foi localizada em cima de uma casa, acho que a casa vizinha. (SD/PM NILBERTO DE JESUS CARVALHO, testemunha da acusação, declarações em juízo, gravação disponível no sistema PJe Mídias). O SD/PM NILBERTO DE JESUS CARVALHO, como se vê da gravação disponível no sistema PJe Mídias, também informa que já conhecia os acusados, tendo informações de que eles integravam a facção criminosa identificada como ROUBA CENA, também chamada TUDO 15 CRC, que tem por chefe Fabiano Baú, participando de homicídio e tentativa de homicídio contra rival da facção TUDO 13 e de pessoa sem vinculação aparente com grupos criminosos. De maneira coerente e harmônica com os depoimentos acima transcritos, tem-se ainda as declarações do SD/PM FERNANDO DA SILVA BOASORTE: Eu estava de serviço naquele dia e teve informações de disparo de arma de fogo no bairro Liberdade, aquele bairro ali vizinho ao Alto Caiçara e bairro Brasília. E deslocamos para o local e recebemos uma informação de que tinha uma casa na rua Pará, nº 191, que tinha um elemento suspeito, que possivelmente seria os autores do disparo ou o autor do disparo. Em deslocamento para essa residência, um elemento de nome Cleison estava adentrando essa residência. Aí momento esse que nos aproximamos e demos voz de parada. No mesmo momento, o Flávio foi atender na porta, no portão, e notou que éramos nós, policiais. Ele jogou uma pistola calibre 9mm por cima do muro da casa. Aí com isso a gente, realizando a abordagem neles, no interior da residência foi encontrado mais um carregador municiado dessa mesma pistola, uma luva preta de pano, uma pedra de crack e uma trouxinha de maconha. No interior da residência também havia uma senhora de nome Karla, que se apresentou como namorada do Flávio. Com isso, o Flávio afirmou, depois de perguntado, que o Mima estaria com outra pistola, do mesmo calibre, da marca Taurus [...] E antes a gente já tinha a informação de que seriam dois elementos e duas armas. Aí o Flávio assumiu a dele, todo o material que foi encontrado com ele e assim informando onde o Mima estaria escondido. Aí com essa informação a

gente deslocou para a residência informada. Chegando lá na residência, a gente fez o cerco do quarteirão, porque a casa é no meio do quarteirão [...] Fizemos o cerco e chamamos na casa. Teve uma certa demora para abrir, mas quando abriu, entramos lá na residência. Eu não entrei, os colegas. Eu fiquei em uma das esquinas que dá acesso à casa. Aí momento esse que o Mima pulou o muro, eu ouvi a pisada, e ele veio correndo. Eu fiquei numa esquina, ele veio correndo da outra. Eu aproximei, apareci já na outra rua e ele deu de cara comigo. Não esboçou nenhum tipo de reação, já caiu se jogando no chão. E aí fizemos a abordagem nele, no Mima. Encontramos, na verdade, eu encontrei uma trocha de maconha e R\$ 405,00 em dinheiro. Foi perguntado a ele sobre a arma e ele disse que não tinha arma nenhuma. Aí depois disso foi conduzido para a delegacia. Posteriormente, foi encontrada no telhado de uma casa [a arma] e acredito que parece que o vizinho que achou. (SD/PM FERNANDO DA SILVA BOASORTE, testemunha da acusação, declarações em juízo, gravação disponível no sistema PJe Mídias). Assim como os outros dois colegas, o SD/PM FERNANDO DA SILVA BOASORTE confirma as informações de que os acusados integravam organização criminosa liderada por Baú e que tinham a principal função de praticar homicídios contra sujeitos rivais. Ainda que não tenham participado das diligências que culminaram na prisão em flagrante dos acusados, é interessante trazer à baila as declarações prestadas por investigadores da Polícia Civil arrolados como testemunhas pela acusação, que reforçam o arcabouço probatório a impor a condenação dos ora Apelantes pelo crime de associação para o tráfico. A IPC BELISA FERNANDA ALENCAR DE CARVALHO disse lembrar da prisão em flagrante dos acusados e que, dias antes, teria acontecido uma tentativa de homicídio contra pessoa identificada apenas como William que, conforme investigações da Polícia Civil, teria sido praticada por Mima e Karla. Ela também teria subscrito o relatório de investigação criminal, motivando o Promotor de Justiça a questioná-la acerca da ciência da participação dos ora Apelantes em alguma organização criminosa na cidade de Guanambi. A resposta foi dada nos seguintes termos: Sim, pertencem a facção de Baú. Eu cheguei aí em 2016 e eu já escutava falar sobre eles. Sempre eu tava no plantão, mas depois eu fui para o S.I. e eu já tinha conhecimento que eles faziam parte, eram integrantes da facção do Baú. Flávio, eu nunca fiz investigação de Flávio, mas eu sei que ele pertence a facção de Baú e é parceiro de Mima. E Mima é traficante de drogas e tem a função de executar seus rivais. (IPC BELISA FERNANDA ALENCAR DE CARVALHO, testemunha da acusação, declarações em juízo, gravação disponível no sistema PJe Mídias). Na sequência, a IPC BELISA FERNANDA ALENCAR DE CARVALHO relata investigações com episódios envolvendo JOSÉ EVANGELISTA DOS SANTOS JÚNIOR, que reforçam seu envolvimento com organização criminosa. Vejamos: Dias antes de acontecer deles serem presos, a gente teve denúncias anônimas que seriam executados três pessoas da facção rival. Uma até a gente chamou na delegacia, acho que é Magno, se eu não me engano. Ele trabalhava no Hospital Regional. Chamamos na delegacia, perguntamos se ele fazia parte de alguma facção criminosa, porque o nome dele estava sendo ventilado que iria ser executado. Nós informamos que as informações diziam que ele seria executado e posteriormente foi. Eu nem sei se cerca de um mês mais ou menos que a gente teve conhecimento. Ele foi executado e em seguida disseram que quem executou foi a facção de Baú. Doquinho, nas nossas investigações, que morreu também posteriormente a esse aí, se eu não me engano é Mário Magno, executado depois. Temos conhecimento nas investigações que o autor foi Mima. Tentativa de William, que não era na verdade a pessoa que eles

queriam executar. Era Bruno. Bruno tinha saído do posto dele recentemente, da portaria, e quem tava era William. Aí uma mulher chegou, chamou. Essa mulher foi identificada nas investigações e a gente viu em algumas câmeras que tinha no local e pessoas que aparentemente nas câmeras é um homem e uma mulher. E Karla chamou William na portaria, né, que no caso seria Bruno. Ele foi receber e já foi alvejado por Mima. (IPC BELISA FERNANDA ALENCAR DE CARVALHO, testemunha da acusação, declarações em juízo, gravação disponível no sistema PJe Mídias). Destaco, agora, as declarações prestadas pelo IPC ARMANDO DE ALMEIDA SILVA, que vão na mesma direção de atribuir a participação dos acusados na organização criminosa liderada por Baú, assumindo fundamentalmente a função de ceifar a vida de seus rivais. Veja-se: [...] o que eu tenho conhecimento é que eles integravam a facção liderada por Fabiano Almeida dos Santos, o Baú, há bastante tempo aqui em Guanambi, sendo que Mima atua dentro da facção com Flavinho, apesar que são integrantes da facção, foram presos juntos, mas Mima e Flavinho têm, como é que eu posso dizer, delitos diferentes, apesar que foram presos juntos, em flagrante e tal. O que eu tenho de Mima é o seguinte: Mima, tempos atrás o qual foi preso até mesmo com uma dessas armas, eu não me recordo qual o ano, que tem a questão de homicídio que ele cometeu contra o irmão de outro integrante da facção rival dele, que é o irmão de Caio Fogaça, o qual este lidera a facção de Adalberto Castro, vulgo Delton, e posteriormente, antes dele ser preso, tem uma investigação, um relatório, que foi feito por mim, o qual eu aponto ele como autor do homicídio de Doquinha, que é outro liderado da facção rival, que era um gerente da facção Delton. Ele ceifou a vida desse outro integrante [...] Ele tem um atentado também que ele cometeu contra um indivíduo que trabalha numa empresa aqui, junto com uma parceira dele, Karla, que foi apontada, que foi essa Karla que apontou para ele o indivíduo o qual ele deveria ceifar a vida. E Flavinho tenho a morte de Paula Mega Hair, que ele lidera a facção de Baú. (IPC ARMANDO DE ALMEIDA SILVA, testemunha da acusação, declarações em juízo, gravação disponível no sistema PJe Mídias). O relatório de investigação criminal subscrito pelos policiais civis constam dos presentes autos no documento de id 36207835, reforçando o vínculo e a participação dos acusados em atentados contra a vida de integrantes de facção rival, quais sejam: Alessandro de Jesus Oliveira (Doquinha), Paulo Menezes Lima e Valberlice Paula da Silva (Paula Mega Hair), acompanhado ainda de dossiê fotográfico de possíveis integrantes da facção e suas respectivas funções. Como se sabe, a jurisprudência do STJ é pacífica no sentido de que “os depoimentos dos policiais têm valor probante, já que seus atos são revestidos de fé pública, sobretudo quando se mostram coerentes e compatíveis com as demais provas dos autos” (AgRg no HABEAS CORPUS nº 679.723 – SC, Relator Ministro Jesuíno Rissato, QUINTA TURMA, julgado em 14/09/2021, DJe 27/09/2021). No mesmo sentido: PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO OU DESCLASSIFICAÇÃO PARA USO DE DROGAS. REEXAME DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7 DO STJ. PLEITO PARA CONCESSÃO DE HABEAS CORPUS DE OFÍCIO. UTILIZAÇÃO COMO MEIO PARA ANÁLISE DO MÉRITO DO RECURSO. INVIABILIDADE. AGRAVO NÃO PROVIDO [...]

3. Ademais, esta Corte tem entendimento firmado de que os depoimentos dos policiais responsáveis pela prisão em flagrante são meio idôneo e suficiente para a formação do édito condenatório, quando em harmonia com as demais provas dos autos, e colhidos sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, como ocorreu na hipótese. Precedentes. [...] 5. Agravo regimental não provido. (AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL nº 1.840.116 –

SE, Relator Ministro Ribeiro Dantas, QUINTA TURMA, julgado em 15/06/2021, DJe 21/06/2021). No caso dos autos, depreende-se do conjunto da prova oral produzida a certeza para impor aos acusados a prática dos crimes de posse irregular de arma de fogo de uso permitido e de associação para o tráfico, restando demonstrada, inclusive, a estabilidade e permanência do vínculo associativo que, consoante orientação do STJ, são indispensáveis para a configuração do referido delito. Vale ainda destacar que KARLA ARAÚJO SILVA, presente no imóvel onde se deu a apreensão de uma das armas de fogo, quando ouvida em sede policial, afirmou que havia alugado o imóvel há cerca de dois meses, onde passou a residir com FLÁVIO VILAS BOAS FERNANDES, com quem namorava, sabendo da existência da pistola por ele recebida aproximadamente quatro dias antes da diligência que culminou em sua prisão. Disse ela: [...] a pistola, carregadores e munições pertencem a seu namorado FLAVIO, mas não sabe quando a arma chegou na casa, mas acredita que foi acerca de 04 dias; que a interrogada tinha conhecimento da arma de fogo naquele imóvel; que a interrogada afirma que ouviu FLAVIO dizer que havia ganho a arma de BAU, a fim de se proteger de rivais, uma vez que FLAVIO já trabalhou com BAU, não sabendo a interrogada qual a função exercida pelo namorado na facção (KARLA ARAÚJO SILVA, declarações em sede policial, termo de fls. 18/19 do documento de id 36207826) Ainda, disse conhecer a pessoa de JOSÉ EVANGELISTA DOS SANTOS JÚNIOR, vulgo Mima, que igualmente integrava a facção criminosa controlada por BAU. Veja-se: [...] que a interrogada conhece a pessoa de vulgo MIMA (JOSÉ EVANGELISTA DOS SANTOS JUNIOR), sendo este, também integrante da facção de BAU; que a interrogada soube nesta unidade de que a guarnição continuou em diligência vindo a localizar MIMA, em outro imóvel no Bairro Brasília, encontrando inicialmente o referido de posse de maconha, e que durante a tentativa de escapar dos policiais, MIMA abandonou uma pistola da marca TAURUS, que foi encontrada posteriormente pelos militares; que a interrogada não sabe dizer a função de MIMA na facção de BAU; que a interrogada ouviu dizer que os disparos efetuados no Bairro Alto Caiçara, na noite de ontem, foram deflagrados por MIMA, com a própria pistola TAURUS, porém não sabe quem era o alvo de MIMA (KARLA ARAÚJO SILVA, declarações em sede policial, termo de fls. 18/19 do documento de id 36207826). Registre-se que, nos termos da jurisprudência do STJ, “o art. 155 do CPP disciplina que o Magistrado não pode formar sua convicção com base 'exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação', não havendo qualquer empecilho à utilização dos mencionados elementos em conjunto com as demais provas judicializadas” (AgRg no Resp nº 1.972.093 – SP, Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, QUINTA TURMA, julgado em 26/04/2022, DJe 29/04/2022). Logo, não merece prosperar o pleito de absolvição por insuficiência de provas encampado pelas defesas dos Apelantes, de modo que a sentença combatida deve ser mantida no sentido da condenação de JOSÉ EVANGELISTA DOS SANTOS JÚNIOR pela prática dos delitos previstos no art. 12 da Lei nº 10.826/2003 e no art. 35 da Lei nº 11.343/2006 e, para FLÁVIO VILAS BOAS FERNANDES apenas por este último, já que, quanto a ele, deve ser reconhecida a prescrição da pretensão punitiva, na modalidade retroativa, em relação ao crime do Sistema Nacional de Armas, conforme anotado em capítulo anterior. B) Do decote da majorante prevista no art. 40, inciso IV, da Lei de Drogas No pleito defensivo de JOSÉ EVANGELISTA DOS SANTOS JÚNIOR consta também pedido de decote da majorante prevista no art. 40, inciso IV, da Lei nº 11.343/2006, sob o fundamento de que, na denúncia, “o Ministério Público não narrou qualquer conduta, durante o suposto vínculo associativo, que faça referência à utilização de arma de

fogo do, em tese, grupo criminoso”, de modo que é inadmissível, por violação ao princípio da correlação, “quando, inesperadamente, [...] inova, em sede de alegações finais, imputando ao recorrente causa de aumento não descrita na denúncia”. Ademais, diz que não restou demonstrada a utilização do artefato bélico pelo acusado na suposta prática do crime de associação para o tráfico. Pois bem. Quanto a este último ponto, o conjunto probatório descrito no tópico anterior deixa patente que os acusados mantinham a posse de armamento que pertenciam ao grupo criminoso que integravam para a participação em atentados contra sujeitos pertencentes ao grupo rival e em outros crimes correlatos. Lado outro, é entendimento pacificado em nossas cortes judiciais superiores que o réu se defende dos fatos narrados na exordial acusatória e não da capitulação penal nela inserida, de maneira que, comprovada a subsunção da conduta a tipo penal diverso, caberá ao juiz natural da causa, no momento da prolação da sentença e observando as provas colhidas, realizar a emendatio libelli, se for o caso, nos termos do art. 383 do CPP. Sobre o tema, cito: HABEAS CORPUS. TRAFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. INÉPCIA DA DENÚNCIA. PROLAÇÃO DE SENTENÇA CONDENATÓRIA. PEDIDO PREJUDICADO. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CORRELAÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. MAUS ANTECEDENTES. PROCESSOS ANTIGOS. DIREITO AO ESQUECIMENTO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.324/2006. INAPLICABILIDADE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS. CONTINUIDADE DELITIVA. FRAÇÃO. NÚMERO DE INFRAÇÕES. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. [...] 2. O princípio da correlação representa um dos mais importantes postulados para a defesa, estabelecendo balizas para a produção da prova, para a condução do processo e para a prolação do édito condenatório ao disciplinar a imperiosa correspondência entre o comportamento imputado ao acusado e sua responsabilidade penal. Portanto, inadmissível seja o indivíduo condenado por condutas não descritas na inicial acusatória. Decerto, outrossim, que o réu se defende dos fatos narrados na incoativa, e não da capitulação jurídica a eles atribuída pela acusação. Sendo assim, o Magistrado, ao proferir a sentença, poderá conferir nova definição jurídica aos fatos narrados na denúncia, sem que tal procedimento implique ofensa ao princípio em desfile. [...] 8. Ordem parcialmente concedida para afastar a circunstância judicial relativa aos maus antecedentes da primeira etapa do cálculo das reprimendas e, assim, redimensionar a sanção definitiva do paciente para 13 anos, 4 meses e 28 dias de reclusão, mais o pagamento de 1.997 dias-multa, mantidas as demais disposições do acórdão local. (HABEAS CORPUS nº 452.570 – PR, Relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, SEXTA TURMA, julgado em 02/02/2021, DJe 10/02/2021). Assim, deixo de prover mais este pedido encartado no apelo de JOSÉ EVANGELISTA DOS SANTOS JÚNIOR. C) Da (in) aplicabilidade do princípio da consunção Ainda no apelo de JOSÉ EVANGELISTA DOS SANTOS JÚNIOR, roga-se pela absorção do delito de posse de arma de fogo pela causa de aumento prevista no art. 40, inciso IV, da Lei nº 11.343/2006 no crime de associação para o tráfico, afastando, desse modo, o concurso material de crimes. O princípio da consunção é aplicado para resolver o conflito aparente de normas penais quando um crime menos grave é meio necessário ou fase de preparação ou de execução do delito de mais amplo alcance, de tal modo que o agente só será responsabilizado pelo último, desde que seja constatada uma relação de dependência entre as condutas praticadas. Como bem elucida Cezar Roberto Bitencourt: Pelo princípio da consunção, ou absorção, a norma definidora de um crime constitui meio necessário ou fase normal de preparação ou execução de

outro crime. Em termos bem esquemáticos, há consunção quando o fato previsto em determinada norma é compreendido em outra, mais abrangente, aplicando-se somente esta. Na relação consuntiva, os fatos não se apresentam em relação de gênero e espécie, mas de minus e plus, de continente e conteúdo, de todo e parte, de inteiro e fração.<sup>4</sup> No caso em comento, não se mostra possível a aplicação do princípio da consunção, porquanto a posse de arma de fogo, de um lado, e a associação para o tráfico, de outro, ao que se tem dos elementos de provas trazidos aos autos, decorrem de desígnios autônomos, sem a verificação da relação de meio-fim que autorizaria a absorção de uma figura típica pela outra. Portanto, é mais um pleito a que se nega acolhimento. Da reforma da dosimetria Como se sabe, o julgador deve, ao realizar a individualização da pena, avaliar com acuidade os elementos relacionados ao fato, visando aplicar, de forma justa e fundamentada, a reprimenda necessária à reprovação do crime praticado. E, ao considerar desfavoráveis as circunstâncias judiciais, deve declinar motivadamente suas razões, sob pena de ferir o preceito contido no art. 93, inciso IX, da Constituição Federal. Na hipótese, o Juízo sentenciante, em atenção ao disposto no art. 59 do CP, fixou a pena-base imposta ao acusado FLÁVIO VILAS BOAS FERNANDES em 3 (três) anos de reclusão, portanto, no seu mínimo legal, por considerar que lhes são favoráveis todas as circunstâncias judiciais. Veja-se: Culpabilidade – No momento do delito, o réu possuía a capacidade de querer e entender a lesividade de sua conduta e o ilícito presente nela. Antecedentes Criminais – Nada a considerar. Conduta Social – Segundo doutrina penalista majoritária, o comportamento do indivíduo através de seu relacionamento no âmbito familiar, social e comunitário, inexistem razões para ser analisada em desfavor dos acusados. Personalidade – Não temos elementos suficientes para analisar a personalidade do réu. Motivo do Crime – O motivo do delito é inerente ao tipo. Circunstâncias do Crime – As circunstâncias do delito não apresentam peculiaridades além daquelas esperadas para o tipo. Consequência Extrapenais do Crime – O crime gerou as consequências ordinárias à espécie delitiva. Comportamento da vítima – A circunstância relativa ao comportamento da vítima é neutra e não pode ser computada em seu favor porque se trata do Estado. Na segunda fase do cálculo, reconheceu a presença da atenuante genérica da menoridade, mas esta não foi capaz de gerar efeitos práticos, por encontrar óbice na Súmula 231 do STJ, segundo a qual “a incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal”. Já na terceira fase, caracterizada a causa de aumento prevista no art. 40, inciso IV, da Lei nº 11.343/2006, aplicou a menor fração possível (1/6), conduzindo a pena ao patamar de 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime inicial aberto, além de 817 (oitocentos e dezessete) dias-multa, no valor de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos, que deve ser tornada definitiva ao referido acusado, porquanto reconhecida a prescrição da pretensão punitiva quanto ao crime do Sistema Nacional de Armas. No que se refere a JOÃO EVANGELISTA DOS SANTOS JÚNIOR, vê-se que as penas-bases para ambos os crimes também foram fixadas no mínimo legal, porquanto considerado que todas as circunstâncias judiciais lhes eram favoráveis. Ou seja, 1 (um) ano de detenção e 10 (dez) dias-multa pelo delito de posse de arma de fogo de uso permitido, tornada definitiva à míngua de circunstâncias atenuantes e/ou agravantes, bem como de causas especiais de aumento e/ou diminuição; e 3 (três) anos de reclusão pelo crime de associação para o tráfico. Porém, neste último caso, a pena foi acertadamente majorada em 1/6, na terceira fase da

dosimetria, em razão da caracterização da causa de aumento prevista no art. 40, inciso IV, da Lei nº 11.343/2006, alcançando o patamar definitivo de 3 (três) anos e 6 (seis) meses, mais 817 (oitocentos e dezessete) dias-multa, no valor unitário mínimo. Na sequência, porém, o Magistrado sentenciante, reconhecendo o concurso material de crimes, promoveu o somatório das reprimendas, nos termos do art. 69 do CP, “fixando ao acusado a pena total de 4 (quatro) anos e 6 (seis) meses, bem como 827 (oitocentos e vinte e sete) dias-multa”, quando deveria manter a distinção entre as modalidades de pena privativa de liberdade imposta para cada um dos crimes. Assim, deve ser sanado tal erro material, fazendo-se anotar a condenação definitiva de JOÃO EVANGELISTA DOS SANTOS JÚNIOR às penas de 1 (um) ano de detenção e 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão, além de 827 (oitocentos e vinte e sete) dias-multa. Não cabe, na hipótese, conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direito ou mesmo de suspensão condicional da pena, como requereu a sua defesa técnica, pois, como bem anotado pelo Magistrado sentenciante, trata-se de sujeito reincidente. E) Da concessão dos benefícios da justiça gratuita No que diz respeito à isenção do pagamento de custas e demais despesas processuais, a jurisprudência do STJ foi firmada no sentido de que “o momento de se aferir a situação do condenado para eventual suspensão da exigibilidade do pagamento das custas processuais é a fase de execução, por tal razão, nos termos do art. 804 do Código de Processo Penal, mesmo que beneficiário da justiça gratuita, o vencido deverá ser condenado nas custas processuais” (AgRg no REsp 1803332 – MG, Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, QUINTA TURMA, julgado em 13/08/2019, DJe 02/09/2019). Assim, também não merece ser amparado o pleito de concessão dos benefícios da justiça gratuita lançado no recurso interposto por FLÁVIO VILAS BOAS FERNANDES. DA CONCLUSÃO Firme em tais considerações, voto no sentido de CONHECER e DAR PARCIAL PROVIMENTO ao recurso interposto por FLÁVIO VILAS BOAS FERNANDES, apenas para reconhecer a prescrição da pretensão punitiva em relação ao crime de posse ilegal de arma de fogo de uso permitido; e CONHECER PARCIALMENTE o recurso interposto por JOSÉ EVANGELISTA DOS SANTOS JÚNIOR e, na parte conhecida, NEGAR-LHE PROVIMENTO, sanando, de ofício, erro material para anotar sua condenação definitiva às penas de 1 (um) ano de detenção e 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão, além de 827 (oitocentos e vinte e sete) dias-multa. Salvador/BA, 15 de dezembro de 2022. Des. Luiz Fernando Lima – 1ª Câmara Crime 1ª Turma Relator 1 BUSATO, Paulo César. Direito penal: parte geral. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2020. p. 470. 2MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 38. ed. Barueri: Atlas, 2022. p. 72. 3SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de direito constitucional. 9. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2020. p. 478-479. 4 BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral arts. 1 a 120. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. p. 125. A05-EC