

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 2ª Turma Apelação n.º 8001224-93.2021.8.05.0191 – Comarca de Paulo Afonso/BA Apelante: Valdir Vicente da Silva Defensor Público: Dr. Eduardo Herbert Lordão Souza Apelado: Ministério Público do Estado da Bahia Promotor de Justiça: Dr. Fernando Rogério Pessoa Vila Nova Filho Origem: 1ª Vara Criminal da Comarca de Paulo Afonso Procuradora de Justiça: Dra. Carla Andrade Barreto Valle Relatora: Desa. Rita de Cássia Machado Magalhães ACÓRDÃO APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME DE POSSE IRREGULAR DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO (ART. 12, DA LEI N.º 10.826/2003). PRELIMINAR DE NULIDADE DA PROVA. ALEGATIVA DE QUE A ARMA DE FOGO FOI ENCONTRADA QUANDO DO CUMPRIMENTO DE MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO DOMICILIAR EXPEDIDO EM DESFAVOR DO APELANTE, VISANDO A LOCALIZAÇÃO DE BENS RELACIONADOS A OUTRO DELITO. INACOLHIMENTO. ENCONTRO FORTUITO DE PROVA. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STJ. NULIDADE NÃO RECONHECIDA. PLEITO ABSOLUTÓRIO POR AUSÊNCIA DE PROVA DA MATERIALIDADE DELITIVA. INALBERGAMENTO. MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS SUFICIENTEMENTE COMPROVADAS PELO CONJUNTO PROBATÓRIO. PRESCINDIBILIDADE DO LAUDO DE EXAME PERICIAL DA ARMA DE FOGO. CRIME DE PERIGO ABSTRATO. PEDIDO DE RECONHECIMENTO DO ERRO DE PROIBIÇÃO. INVIABILIDADE. HIPÓTESE NÃO DEMONSTRADA NOS AUTOS. PRETENSÃO DE INCIDÊNCIA DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA, COM REDUÇÃO DA PENA, NA SEGUNDA FASE DA DOSIMETRIA, PARA QUANTUM ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL. INADMISSIBILIDADE. ATENUANTE RECONHECIDA PELO MAGISTRADO A QUO E NÃO VALORADA. INTELIGÊNCIA DO ENUNCIADO DA SÚMULA 231, DO STJ. PLEITO DE SUBSTITUIÇÃO DA SANÇÃO CORPORAL POR APENAS UMA PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. ACOLHIMENTO. PENA DEFINITIVA IGUAL A 01 (UM) ANO. OBSERVÂNCIA AO QUANTO DISPOSTO NO ART. 44, § 2º, DO CÓDIGO PENAL. PEDIDO DE CONCESSÃO DO BENEFÍCIO DA JUSTIÇA GRATUITA. DEFERIMENTO. DECLARADA A HIPOSSUFICIÊNCIA DO RÉU. PRETENSÃO DE ISENÇÃO DO PAGAMENTO DAS CUSTAS PROCESSUAIS. IMPOSSIBILIDADE. MATÉRIA AFETA AO JUÍZO DA EXECUÇÃO. PRELIMINAR REJEITADA. APELO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO, para substituir a pena privativa de liberdade definitiva imposta ao Apelante por apenas uma pena restritiva de direitos, a ser estipulada pelo Juízo da Execução, mantidos os demais termos da sentença recorrida. I – Cuida-se de Recurso de Apelação interposto por Valdir Vicente da Silva, insurgindo-se contra a sentença que o condenou às penas de 01 (um) ano de detenção, em regime inicial aberto, e 10 (dez) dias-multa, no valor unitário mínimo, pela prática do crime tipificado no art. 12, da Lei n.º 10.826/2003, substituindo a sanção corporal por duas penas restritivas de direitos. II – Narra a peça acusatória, in verbis: “Consta no procedimento investigatório que, no dia 11 de fevereiro de 2021, por volta das 6h, na Rua Nossa Senhora das Dores, 944, BTN III, nesta urbe [Paulo Afonso], o denunciado possuía, em desacordo com determinação legal ou regulamentar, no interior de sua residência, um revólver, marca Rossi, calibre 38, municiado com quatro cartuchos, conforme Auto de Exibição e Apreensão de fl. 05. Segundo consta, os investigadores da Polícia Civil realizavam o cumprimento de mandado judicial de busca e apreensão domiciliar, emitido nos autos do Processo n.º 8000530-27.2021.8.05.0191, quando os agentes encontraram, na residência do acusado, a arma de fogo acima descrita, escondida embaixo de um travesseiro. Consequentemente, a arma foi apreendida e o acusado foi conduzido à Delegacia de Polícia, onde confessou a propriedade do revólver”. III – Em suas razões de inconformismo, em apertada síntese, suscita o Apelante, preliminarmente, a nulidade da prova, aduzindo que a arma de fogo foi encontrada quando do cumprimento de mandado de busca e apreensão domiciliar expedido em seu

desfavor, visando a localização de bens relacionados a outro delito; acrescenta que não há conexão entre o crime ora investigado e o fato originalmente apurado que teria justificado a busca e apreensão; no mérito, postula a absolvição, alegando a ausência de prova da materialidade delitiva, diante da falta do laudo pericial da arma apreendida; caso mantida a condenação, requer o reconhecimento do erro de proibição invencível, asseverando que não possuía conhecimento acerca da necessidade de autorização para possuir uma arma em sua residência, com a consequente isenção da pena e, subsidiariamente, a aplicação de causa de diminuição de pena prevista na segunda parte do art. 21, do Código Penal; a redução da pena, na segunda fase da dosimetria, para quantum inferior ao mínimo legal, em virtude da incidência da atenuante da confissão espontânea; a substituição da sanção corporal por apenas uma pena restritiva de direitos e a concessão do benefício da justiça gratuita, com a dispensa do pagamento das custas processuais. IV – Suscita o Apelante, preliminarmente, a nulidade da prova, aduzindo que a arma de fogo foi encontrada quando do cumprimento de mandado de busca e apreensão domiciliar expedido em seu desfavor, visando a localização de bens relacionados a outro delito; acrescenta que não há conexão entre o crime ora investigado e o fato originalmente apurado que teria justificado a busca e apreensão, todavia, razão não lhe assiste. Embora a busca e apreensão tenha sido autorizada no curso de investigação relativa a delito diverso, in casu, houve o encontro fortuito de prova. Assim, não há que se falar em nulidade da prova obtida no curso da execução da diligência. V – A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido da adoção da teoria do encontro fortuito ou casual de provas (serendipidade). Segundo essa teoria, “independentemente da ocorrência da identidade de investigados ou réus, consideram-se válidas as provas encontradas casualmente pelos agentes da persecução penal, relativas à infração penal até então desconhecida, por ocasião do cumprimento de medidas de obtenção de prova de outro delito regularmente autorizadas, ainda que inexista conexão ou continência com o crime supervenientemente encontrado e este não cumpra os requisitos autorizadores da medida probatória, desde que não haja desvio de finalidade na execução do meio de obtenção de prova” (STJ, RHC n. 94.803/RS, Relator: Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 4/6/2019, DJe de 11/6/2019). VI – Na espécie, da análise do feito, depreende-se que o ingresso dos agentes policiais no domicílio do Réu foi regularmente autorizado por meio de mandado de busca e apreensão expedido com lastro em decisão judicial e, na ocasião da busca, foi o agente flagrado na posse irregular de arma de fogo. Não há ilegalidade a ser reconhecida pelo encontro fortuito de prova relacionada a fato diverso daquele objeto de investigação anterior. Rejeita-se, portanto, a sobredita preliminar. VII – No mérito, não merece acolhimento o pleito absolutório. Salienta-se, inicialmente, que a materialidade e autoria delitivas restaram suficientemente comprovadas pelas provas colhidas nos autos, merecendo destaque o auto de exibição e apreensão (Id. 37868840, Pág. 5), os depoimentos judiciais das testemunhas arroladas pela acusação e o interrogatório do Apelante. Sustenta a defesa a ausência de prova da materialidade delitiva, diante da falta do laudo pericial da arma apreendida, entretanto, melhor sorte não lhe assiste. Consoante entendimento assente na jurisprudência pátria, os crimes de posse e de porte de arma de fogo ou munição são de perigo abstrato, sendo desnecessário perquirir sobre a lesividade concreta da conduta, porquanto o objeto jurídico tutelado não é a incolumidade física e sim a segurança

pública e a paz social, colocadas em risco pelo porte/posse de arma de fogo ou munição, revelando-se despicienda a comprovação do potencial ofensivo do artefato através de laudo pericial. VIII – Requer a defesa, ainda, o reconhecimento do erro de proibição invencível, asseverando que o Réu não possuía conhecimento acerca da necessidade de autorização para possuir uma arma em sua residência, com a consequente isenção da pena e, subsidiariamente, a aplicação de causa de diminuição de pena prevista na segunda parte do art. 21, do Código Penal. Como cediço, o erro de proibição é o erro incidente sobre a ilicitude do fato, em que o agente age acreditando que não há regra proibitiva acerca da conduta por ele praticada. Pode ser escusável (inevitável), caso em que afasta a potencial consciência da ilicitude do agente, tratando-se de hipótese de exclusão da culpabilidade, ou inescusável (evitável), quando então será minorada a reprimenda, na fração de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), nos termos do art. 21, in fine, do Código Penal. IX – No entanto, a mera alegação de desconhecimento da ilicitude da conduta, por si só, não conduz à exclusão da culpabilidade do agente, tampouco à diminuição da sua pena, cabendo a este demonstrar, de forma inequívoca, que não possuía noção alguma de que praticava algo proibido, o que não ocorreu no caso sob exame. Acrescenta-se que o conhecimento da lei é inescusável e era possível ao Réu, com acesso aos meios de comunicação e sem nenhuma limitação cognitiva comprovada, ter ou atingir a consciência da ilicitude de sua conduta, consistente em possuir arma de fogo sem autorização legal. Inviável, portanto, o acolhimento da pretensão defensiva. X – No que tange à dosimetria, postula o Apelante a redução da pena, na segunda fase, para quantum inferior ao mínimo legal, em virtude da incidência da atenuante da confissão espontânea. Em que pese as alegativas deduzidas nas razões recursais, observa-se que o Juiz singular – na etapa intermediária da dosimetria – acertadamente, reconheceu a atenuante da confissão espontânea (art. 65, inciso III, alínea d, do CP), todavia, deixou de reduzir as penas para quantum abaixo do mínimo legal. Tal operação deve se manter irretocável, porquanto consubstanciada no entendimento consolidado no enunciado da Súmula 231, do Superior Tribunal de Justiça: “A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal”. XI – Devido às frequentes investidas contra a mencionada Súmula, bem como em face do entendimento dominante nos Tribunais Superiores, o Supremo Tribunal Federal, em 2009, julgou o Recurso Extraordinário nº 597.270/RS, atribuindo-lhe Repercussão Geral para o efeito de reafirmar a jurisprudência daquela Corte acerca da impossibilidade de fixação da pena abaixo do mínimo legal por conta de circunstância atenuante genérica: “O Tribunal resolveu questão de ordem no sentido de reconhecer a existência de repercussão geral da matéria discutida em recurso extraordinário – fixação da pena abaixo do mínimo legal por força de circunstâncias atenuantes genéricas – e reafirmar a jurisprudência da Corte quanto à impossibilidade dessa fixação. No mérito, o Tribunal negou provimento ao recurso. [...]” (Informativo 540, do Supremo Tribunal Federal). Desse modo, por força da Repercussão Geral atribuída à mencionada questão, a Corte Constitucional Brasileira reafirmou a pertinência da Súmula 231, do STJ, o que vincula as decisões dos Tribunais inferiores. XII – No que tange às penas impostas ao Apelante, não merece reparo a sentença recorrida. Na primeira fase, o Magistrado singular fixou as penas-base no mínimo legal: 01 (um) ano de detenção e 10 (dez) dias-multa; na segunda fase, conforme já exposto, reconheceu a atenuante da confissão espontânea, todavia, deixou de valorá-

la em observância ao enunciado da Súmula 231, do STJ; na terceira fase, inexistindo outras causas modificadoras, tornou definitivas as reprimendas em 01 (um) ano de detenção e 10 (dez) dias-multa, no valor unitário mínimo, estipulando o regime inicial aberto. XIII – Quanto à substituição da sanção corporal por apenas uma pena restritiva de direitos, merece acolhimento o pedido formulado pela defesa. Nos termos do § 2º, do art. 44, do Código Penal: “Na condenação igual ou inferior a um ano, a substituição pode ser feita por multa ou por uma pena restritiva de direitos; se superior a um ano, a pena privativa de liberdade pode ser substituída por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas restritivas de direitos. Isto posto, impõe-se substituir a pena privativa de liberdade definitiva imposta ao Apelante por apenas uma pena restritiva de direitos. XIV – Finalmente, defere-se o benefício da justiça gratuita ao Apelante, à vista da afirmação do seu estado de hipossuficiência, nos termos do art. 99, caput, e § 3º, do Código de Processo Civil (Lei n.º 13.105/2015). Salienta-se que a Lei Adjetiva Civil, na Seção IV do Capítulo II, especificamente nos seus arts. 98 a 102, passou a tratar da gratuidade de justiça, derogando a Lei n.º 1.060/1950. XV – Relativamente à isenção do pagamento das custas processuais, deverá tal pretensão ser formulada junto ao Juízo da Vara de Execuções Penais, na fase de execução da sentença condenatória, quando então será possível aferir a verdadeira situação econômica do condenado. O deferimento do pedido de justiça gratuita não possui o condão de afastar, de plano, a obrigação de arcar com as custas processuais decorrentes da sucumbência, pois tais encargos são efeitos próprios da sentença penal condenatória. XVI – Parecer da Procuradoria de Justiça, pelo conhecimento parcial do recurso e, na parte conhecida, pelo improvimento do Apelo. XVII – PRELIMINAR REJEITADA. APELO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO, para substituir a pena privativa de liberdade definitiva imposta ao Apelante por apenas uma pena restritiva de direitos, a ser estipulada pelo Juízo da Execução, mantidos os demais termos da sentença recorrida. Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n.º 8001224-93.2021.8.05.0191, provenientes da Comarca de Paulo Afonso/BA, em que figuram, como Apelante, Valdir Vicente da Silva, e, como Apelado, o Ministério Público do Estado da Bahia. ACORDAM os Desembargadores integrantes da Colenda Segunda Turma da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade, em conhecer do recurso, REJEITAR A PRELIMINAR, e, no mérito, DAR PROVIMENTO PARCIAL AO APELO, para substituir a pena privativa de liberdade definitiva imposta ao Apelante por apenas uma pena restritiva de direitos, a ser estipulada pelo Juízo da Execução, mantidos os demais termos da sentença recorrida, e assim o fazem pelas razões a seguir expostas no voto da Desembargadora Relatora. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL 2ª TURMA DECISÃO PROCLAMADA Conhecido e provido em parte Por Unanimidade Salvador, 21 de Março de 2023. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 2ª Turma Apelação n.º 8001224-93.2021.8.05.0191 – Comarca de Paulo Afonso/BA Apelante: Valdir Vicente da Silva Defensor Público: Dr. Eduardo Herbert Lordão Souza Apelado: Ministério Público do Estado da Bahia Promotor de Justiça: Dr. Fernando Rogério Pessoa Vila Nova Filho Origem: 1ª Vara Criminal da Comarca de Paulo Afonso Procuradora de Justiça: Dra. Carla Andrade Barreto Valle Relatora: Desa. Rita de Cássia Machado Magalhães RELATÓRIO Cuida-se de Recurso de Apelação interposto por Valdir Vicente da Silva, insurgindo-se contra a sentença que o condenou às penas de 01 (um) ano de detenção, em regime inicial aberto, e 10 (dez)

dias-multa, no valor unitário mínimo, pela prática do crime tipificado no art. 12, da Lei n.º 10.826/2003, substituindo a sanção corporal por duas penas restritivas de direitos. Em observância aos princípios da celeridade, da efetividade e da economia processual, e considerando ali se consignar, no que relevante, a realidade processual até então desenvolvida, adota-se, como próprio, o relatório da sentença (Id. 37869853), a ele acrescentando o registro dos eventos subsequentes, conforme a seguir disposto. Inconformado, o Sentenciado interpôs Recurso de Apelação (Id. 37869859, Pág. 1), suscitando, em suas razões (Id. 37869859, Págs. 2/11), preliminarmente, a nulidade da prova, aduzindo que a arma de fogo foi encontrada quando do cumprimento de mandado de busca e apreensão domiciliar expedido em seu desfavor, visando a localização de bens relacionados a outro delito; acrescenta que não há conexão entre o crime ora investigado e o fato originalmente apurado que teria justificado a busca e apreensão; no mérito, postula a absolvição, alegando a ausência de prova da materialidade delitiva, diante da falta do laudo pericial da arma apreendida; caso mantida a condenação, requer o reconhecimento do erro de proibição invencível, asseverando que não possuía conhecimento acerca da necessidade de autorização para possuir uma arma em sua residência, com a consequente isenção da pena e, subsidiariamente, a aplicação de causa de diminuição de pena prevista na segunda parte do art. 21, do Código Penal; a redução da pena, na segunda fase da dosimetria, para quantum inferior ao mínimo legal, em virtude da incidência da atenuante da confissão espontânea; a substituição da sanção corporal por apenas uma pena restritiva de direitos e a concessão do benefício da justiça gratuita, com a dispensa do pagamento das custas processuais. Nas contrarrazões, pugna o Parquet pela manutenção da sentença recorrida (Id. 37869866). Parecer da douta Procuradoria de Justiça, pelo conhecimento parcial do recurso e, na parte conhecida, pelo improvimento do Apelo (Id. 38456389). É o relatório.

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 2ª Turma Apelação n.º 8001224-93.2021.8.05.0191 – Comarca de Paulo Afonso/BA Apelante: Valdir Vicente da Silva Defensor Público: Dr. Eduardo Herbert Lordão Souza Apelado: Ministério Público do Estado da Bahia Promotor de Justiça: Dr. Fernando Rogério Pessoa Vila Nova Filho Origem: 1ª Vara Criminal da Comarca de Paulo Afonso Procuradora de Justiça: Dra. Carla Andrade Barreto Valle Relatora: Desa. Rita de Cássia Machado Magalhães VOTO Cuida-se de Recurso de Apelação interposto por Valdir Vicente da Silva, insurgindo-se contra a sentença que o condenou às penas de 01 (um) ano de detenção, em regime inicial aberto, e 10 (dez) dias-multa, no valor unitário mínimo, pela prática do crime tipificado no art. 12, da Lei n.º 10.826/2003, substituindo a sanção corporal por duas penas restritivas de direitos. Narra a peça acusatória, in verbis: “Consta no procedimento investigatório que, no dia 11 de fevereiro de 2021, por volta das 6h, na Rua Nossa Senhora das Dores, 944, BTN III, nesta urbe [Paulo Afonso], o denunciado possuía, em desacordo com determinação legal ou regulamentar, no interior de sua residência, um revólver, marca Rossi, calibre 38, municiado com quatro cartuchos, conforme Auto de Exibição e Apreensão de fl. 05. Segundo consta, os investigadores da Polícia Civil realizavam o cumprimento de mandado judicial de busca e apreensão domiciliar, emitido nos autos do Processo n.º 8000530-27.2021.8.05.0191, quando os agentes encontraram, na residência do acusado, a arma de fogo acima descrita, escondida embaixo de um travesseiro. Consequentemente, a arma foi apreendida e o acusado foi conduzido à Delegacia de Polícia, onde confessou a propriedade do revólver”. Em suas razões de inconformismo, em

apertada síntese, suscita o Apelante, preliminarmente, a nulidade da prova, aduzindo que a arma de fogo foi encontrada quando do cumprimento de mandado de busca e apreensão domiciliar expedido em seu desfavor, visando a localização de bens relacionados a outro delito; acrescenta que não há conexão entre o crime ora investigado e o fato originalmente apurado que teria justificado a busca e apreensão; no mérito, postula a absolvição, alegando a ausência de prova da materialidade delitiva, diante da falta do laudo pericial da arma apreendida; caso mantida a condenação, requer o reconhecimento do erro de proibição invencível, asseverando que não possuía conhecimento acerca da necessidade de autorização para possuir uma arma em sua residência, com a consequente isenção da pena e, subsidiariamente, a aplicação de causa de diminuição de pena prevista na segunda parte do art. 21, do Código Penal; a redução da pena, na segunda fase da dosimetria, para quantum inferior ao mínimo legal, em virtude da incidência da atenuante da confissão espontânea; a substituição da sanção corporal por apenas uma pena restritiva de direitos e a concessão do benefício da justiça gratuita, com a dispensa do pagamento das custas processuais. Preenchidos os pressupostos de admissibilidade recursal, conhece-se do Apelo. Suscita o Apelante, preliminarmente, a nulidade da prova, aduzindo que a arma de fogo foi encontrada quando do cumprimento de mandado de busca e apreensão domiciliar expedido em seu desfavor, visando a localização de bens relacionados a outro delito; acrescenta que não há conexão entre o crime ora investigado e o fato originalmente apurado que teria justificado a busca e apreensão, todavia, razão não lhe assiste. Embora a busca e apreensão tenha sido autorizada no curso de investigação relativa a delito diverso, in casu, houve o encontro fortuito de prova. Assim, não há que se falar em nulidade da prova obtida no curso da execução da diligência. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido da adoção da teoria do encontro fortuito ou casual de provas (serendipidade). Segundo essa teoria, “independentemente da ocorrência da identidade de investigados ou réus, consideram-se válidas as provas encontradas casualmente pelos agentes da persecução penal, relativas à infração penal até então desconhecida, por ocasião do cumprimento de medidas de obtenção de prova de outro delito regularmente autorizadas, ainda que inexista conexão ou continência com o crime supervenientemente encontrado e este não cumpra os requisitos autorizadores da medida probatória, desde que não haja desvio de finalidade na execução do meio de obtenção de prova” (STJ, RHC n. 94.803/RS, Relator: Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 4/6/2019, DJe de 11/6/2019). Acerca do tema, colacionam-se os seguintes julgados: “AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. NULIDADE. ENTRADA EM DOMICÍLIO. ALEGADA FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO DO MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO. NÃO VERIFICADA. ENCONTRO FORTUITO DE PROVAS. POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. 1. Ao contrário das alegações defensivas, o mandado judicial de busca e apreensão apresentou fundamentação idônea, destinando-se à coleta de provas relacionadas a atividades ilícitas de facção criminosa integrada por aproximadamente dez indivíduos, dentre os quais, o ora agravante. 2. Embora a medida invasiva tenha sido autorizada no curso de investigação relativa a delito diverso, o que se tem, neste caso, é o encontro fortuito de provas, também chamado pela doutrina de serendipidade, não havendo que se falar em irregularidade ou vício na diligência ou nas provas obtidas no curso de sua execução. 3. Agravo regimental não provido.” (STJ, AgRg no HC n. 703.948/SC, Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 8/3/2022, DJe de

11/3/2022). (grifos acrescidos). “AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. CRIME DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO MANTIDA PELA CORTE LOCAL EM SEDE DE REVISÃO CRIMINAL. NULIDADE. ALEGADA INVASÃO DOMICILIAR. INOCORRÊNCIA. CUMPRIMENTO DE MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO PRECEDIDO DE INVESTIGAÇÃO PRÉVIA. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O TIPO PENAL DO ART. 28 DA LEI DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. RECONHECIMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. IMPEDIMENTO. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. ALTERAÇÃO QUE EXIGE INCURSÃO EM FATOS E PROVAS. REGIME INICIAL. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AGRAVO IMPROVIDO. 1. Não há falar em nulidade da busca e apreensão se precedida de mandado judicial em razão de investigações já realizadas pela polícia. [...] 3. Não há que se falar em invalidade da prisão em flagrante e ilicitude das provas encontradas de modo fortuito a partir da entrada dos policiais na residência do acusado, tendo em vista o fenômeno da serendipidade (AgRg no HC 691.332/DF, de minha relatoria, Quinta Turma, julgado em 21/9/2021, DJe de 27/9/2021). 4. Considerando a narrativa da defesa de que a investigação policial apurava, apenas, a prática do crime de furto, e não do delito de tráfico de drogas, tem-se que, diante do chamado fenômeno da serendipidade ou encontro fortuito de provas – que se caracteriza pela descoberta de outros crimes ou sujeitos ativos em investigação com fim diverso –, independentemente da ocorrência da identidade de investigados ou réus, consideram-se válidas as provas encontradas casualmente pelos agentes da persecução penal, relativas à infração penal até então desconhecida, por ocasião do cumprimento de medidas de obtenção de prova de outro delito regularmente autorizadas, ainda que inexista conexão ou continência com o crime supervenientemente encontrado, desde que não haja desvio de finalidade na execução do meio de obtenção de prova. [...] 7. Agravo regimental improvido.” (STJ, AgRg no HC n. 696.534/SP, Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 26/10/2021, DJe de 3/11/2021). (grifos acrescidos). Na espécie, da análise do feito, depreende-se que o ingresso dos agentes policiais no domicílio do Réu foi regularmente autorizado por meio de mandado de busca e apreensão expedido com lastro em decisão judicial e, na ocasião da busca, foi o agente flagrado na posse irregular de arma de fogo. Não há ilegalidade a ser reconhecida pelo encontro fortuito de prova relacionada a fato diverso daquele objeto de investigação anterior. Rejeita-se, portanto, a sobredita preliminar. No mérito, não merece acolhimento o pleito absolutório. Salienta-se, inicialmente, que a materialidade e autoria delitivas restaram suficientemente comprovadas pelas provas colhidas nos autos, merecendo destaque o auto de exibição e apreensão (Id. 37868840, Pág. 5), os depoimentos judiciais das testemunhas arroladas pela acusação e o interrogatório do Apelante. Sustenta a defesa a ausência de prova da materialidade delitiva, diante da falta do laudo pericial da arma apreendida, entretanto, melhor sorte não lhe assiste. Consoante entendimento assente na jurisprudência pátria, os crimes de posse e de porte de arma de fogo ou munição são de perigo abstrato, sendo desnecessário perquirir sobre a lesividade concreta da conduta, porquanto o objeto jurídico tutelado não é a incolumidade física e sim a segurança pública e a paz social, colocadas em risco pelo porte/posse de arma de fogo ou munição, revelando-se despicienda a comprovação do potencial ofensivo do artefato através de laudo pericial. Nesse sentido: “PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. PORTE DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. CRIME DE GRAVIDADE ABSTRATA. DESNECESSIDADE DE PERÍCIA. TIPICIDADE. EMENDATIO LIBELLI. POSSIBILIDADE. NOVATIO LEGIS IN

MELLIUS. ANTECEDENTES. REGIME DA PERPETUIDADE. INAPLICABILIDADE DO PERÍODO DEPURADOR. WRIT NÃO CONHECIDO. [...] 2. Esta Corte Superior firmou entendimento no sentido de que os delitos de porte ou posse de arma de fogo, acessório ou munição, possuem natureza de crime de perigo abstrato, tendo como objeto jurídico a segurança coletiva, não se exigindo comprovação da potencialidade lesiva do armamento, prescindindo, portanto, de exame pericial. [...] 8. Writ não conhecido.” (STJ, HC n. 602.237/SP, Relator: Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 3/11/2020, DJe de 12/11/2020) (grifo acrescido). “PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. SUSPENSÃO DOS PRAZOS PROCESSUAIS. COMPROVAÇÃO NO ATO DE INTERPOSIÇÃO. TEMPESTIVIDADE. POSSE OU PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO. ATIPICIDADE DA CONDUTA. CRIME DE PERIGO ABSTRATO. EXAME PERICIAL. DESNECESSIDADE. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO PARA CONHECER DO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL, MAS LHE NEGAR PROVIMENTO. 1. Comprovada a suspensão dos prazos processuais no ato da interposição do recurso, impõe-se o conhecimento do agravo em recurso especial, porque tempestivo. 2. Os crimes de porte ou posse de arma de fogo de uso restrito são de perigo abstrato, dispensando-se prova de efetiva situação de risco ao bem jurídico tutelado. 3. O simples porte de arma de fogo, acessório ou munição, por si só, coloca em risco a paz social, porquanto o instrumento, independentemente de sua potencialidade lesiva, intimida e constrange as pessoas, o que caracteriza um delito de perigo abstrato. O tipo penal visa à proteção da incolumidade pública, não sendo suficiente a mera proteção à incolumidade pessoal (AgRg no REsp 1.434.940/GO, Rel. Min. Rogério Schietti, Sexta Turma, DJe 4/2/2016). 4. Agravo regimental provido para conhecer do agravo em recurso especial, mas lhe negar provimento.” (STJ, AgRg no AREsp n. 1.264.393/AL, relator Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 18/9/2018, DJe de 25/9/2018). (grifos acrescidos). Requer a defesa, ainda, o reconhecimento do erro de proibição invencível, asseverando que o Réu não possuía conhecimento acerca da necessidade de autorização para possuir uma arma em sua residência, com a consequente isenção da pena e, subsidiariamente, a aplicação de causa de diminuição de pena prevista na segunda parte do art. 21, do Código Penal. Como cediço, o erro de proibição é o erro incidente sobre a ilicitude do fato, em que o agente age acreditando que não há regra proibitiva acerca da conduta por ele praticada. Pode ser escusável (inevitável), caso em que afasta a potencial consciência da ilicitude do agente, tratando-se de hipótese de exclusão da culpabilidade, ou inescusável (evitável), quando então será minorada a reprimenda, na fração de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), nos termos do art. 21, in fine, do Código Penal. No entanto, a mera alegação de desconhecimento da ilicitude da conduta, por si só, não conduz à exclusão da culpabilidade do agente, tampouco à diminuição da sua pena, cabendo a este demonstrar, de forma inequívoca, que não possuía noção alguma de que praticava algo proibido, o que não ocorreu no caso sob exame. Acrescenta-se que o conhecimento da lei é inescusável e era possível ao Réu, com acesso aos meios de comunicação e sem nenhuma limitação cognitiva comprovada, ter ou atingir a consciência da ilicitude de sua conduta, consistente em possuir arma de fogo sem autorização legal. Inviável, portanto, o acolhimento da pretensão defensiva. No que tange à dosimetria, postula o Apelante a redução da pena, na segunda fase, para quantum inferior ao mínimo legal, em virtude da incidência da atenuante da confissão espontânea. Em que pese as alegativas deduzidas nas razões recursais, observa-se que o Juiz singular – na etapa intermediária da dosimetria – acertadamente, reconheceu a atenuante da confissão espontânea

(art. 65, inciso III, alínea d, do CP), todavia, deixou de reduzir as penas para quantum abaixo do mínimo legal. Tal operação deve se manter irretocável, porquanto consubstanciada no entendimento consolidado no enunciado da Súmula 231, do Superior Tribunal de Justiça: “A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal”. Devido às frequentes investidas contra a mencionada Súmula, bem como em face do entendimento dominante nos Tribunais Superiores, o Supremo Tribunal Federal, em 2009, julgou o Recurso Extraordinário nº 597.270/RS, atribuindo-lhe Repercussão Geral para o efeito de reafirmar a jurisprudência daquela Corte acerca da impossibilidade de fixação da pena abaixo do mínimo legal por conta de circunstância atenuante genérica: “O Tribunal resolveu questão de ordem no sentido de reconhecer a existência de repercussão geral da matéria discutida em recurso extraordinário – fixação da pena abaixo do mínimo legal por força de circunstâncias atenuantes genéricas – e reafirmar a jurisprudência da Corte quanto à impossibilidade dessa fixação. No mérito, o Tribunal negou provimento ao recurso. [...]” (Informativo 540, do Supremo Tribunal Federal). Desse modo, por força da Repercussão Geral atribuída à mencionada questão, a Corte Constitucional Brasileira reafirmou a pertinência da Súmula 231, do STJ, o que vincula as decisões dos Tribunais inferiores. Nesse sentido: “1. As decisões proferidas pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal quando do julgamento de recursos extraordinários com repercussão geral vinculam os demais órgãos do Poder Judiciário na solução, por estes, de outros feitos sobre idêntica controvérsia. 2. Cabe aos juízes e desembargadores respeitar a autoridade da decisão do Supremo Tribunal Federal tomada em sede de repercussão geral, assegurando racionalidade e eficiência ao Sistema Judiciário e concretizando a certeza jurídica sobre o tema. [...]” (STF, Rcl 10793, Relatora: Ministra Ellen Gracie, Tribunal Pleno, julgado em 13/04/2011, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-107 DIVULG 03-06-2011 PUBLIC 06-06-2011 RT v. 100, n. 910, 2011, p. 379-392). (grifos acrescidos). Ainda sobre o tema, leciona Guilherme de Souza Nucci: “Utilizando o raciocínio de que as atenuantes, segundo preceito legal, devem sempre servir para reduzir a pena (art. 65, CP), alguns penalistas têm defendido que seria possível romper o mínimo legal quando se tratar de aplicar alguma atenuante a que faça jus o réu. Imagine-se que o condenado tenha recebido a pena-base no mínimo; quando passar para a segunda fase, reconhecendo a existência de alguma atenuante, o magistrado deveria reduzir, de algum modo, a pena, mesmo que seja levado a fixá-la abaixo do mínimo. Essa posição é minoritária. Aliás, parece-nos mesmo incorreta, pois as atenuantes não fazem parte do tipo penal, de modo que não têm o condão de promover a redução da pena abaixo do mínimo legal. Quando o legislador fixou, em abstrato, o mínimo e o máximo para o crime, obrigou o juiz a movimentar-se dentro desses parâmetros, sem possibilidade de ultrapassá-los, salvo quando a própria lei estabelecer causas de aumento ou de diminuição. Estas, por sua vez, fazem parte da estrutura típica do delito, de modo que o juiz nada mais faz do que seguir orientação do próprio legislador. [...] Atualmente, está em vigor a Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça: 'A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal'. Em idêntico prisma, o Supremo Tribunal Federal decidiu ser inviável a fixação da pena abaixo do mínimo legal quando existirem apenas atenuantes (RE 597.270, Pleno, rel. Cezar Peluso, v.u., 26.03.2009).” (Manual de Direito Penal, 11. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 459). Na mesma linha de intelecção: “PENAL. PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO

DE DROGAS. NECESSIDADE DE DILIGÊNCIAS NA INSTRUÇÃO PENAL. DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA PARA O DELITO DE TRÁFICO EVENTUAL OU POSSE PARA USO DE DROGAS. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. DOSIMETRIA. REDUÇÃO DA PENA AQUEM DO MÍNIMO LEGAL NA SEGUNDA FASE. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO ESPECIAL REPETITIVO N. 1.117.073/PR. SÚMULA 231/STJ. [...] III – A redução da pena na segunda etapa da dosimetria abaixo do mínimo legal vai contra entendimento já consolidado nesta Corte no sentido de que a incidência de circunstância atenuante, não pode conduzir à redução da pena para alguém do mínimo legal, conforme dispõe a Súmula 231/STJ. Agravo regimental desprovido.” (STJ, AgRg no AREsp 1602982/SP, Relator: Ministro Leopoldo de Arruda Raposo, Desembargador convocado do TJ/PE, Quinta Turma, julgado em 11/02/2020, DJe 19/02/2020). (grifos acrescidos). “PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. MENORIDADE E CONFISSÃO ESPONTÂNEA. ATENUANTES DO ART. 65, INCISOS I e III, 'D', DO CÓDIGO PENAL – CP. FIXAÇÃO DA PENA EM PATAMAR ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 231 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. Nos termos do enunciado n. 231 da Súmula do STJ, é inviável a aplicação das atenuantes da menoridade e da confissão espontânea, previstas no art. 65 do Código Penal – CP, para fins de redução da pena a patamar alguém do mínimo legal. 2. Agravo regimental desprovido.” (STJ, AgRg no AREsp 1408530/MS, Relator: Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 14/05/2019, DJe 20/05/2019). (grifo acrescido). No que tange às penas impostas ao Apelante, não merece reparo a sentença recorrida. Na primeira fase, o Magistrado singular fixou as penas-base no mínimo legal: 01 (um) ano de detenção e 10 (dez) dias-multa; na segunda fase, conforme já exposto, reconheceu a atenuante da confissão espontânea, todavia, deixou de valorá-la em observância ao enunciado da Súmula 231, do STJ; na terceira fase, inexistindo outras causas modificadoras, tornou definitivas as reprimendas em 01 (um) ano de detenção e 10 (dez) dias-multa, no valor unitário mínimo, estipulando o regime inicial aberto. Quanto à substituição da sanção corporal por apenas uma pena restritiva de direitos, merece acolhimento o pedido formulado pela defesa. Nos termos do § 2º, do art. 44, do Código Penal: “Na condenação igual ou inferior a um ano, a substituição pode ser feita por multa ou por uma pena restritiva de direitos; se superior a um ano, a pena privativa de liberdade pode ser substituída por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas restritivas de direitos. Isto posto, impõe-se substituir a pena privativa de liberdade definitiva imposta ao Apelante por apenas uma pena restritiva de direitos. Finalmente, defere-se o benefício da justiça gratuita ao Apelante, à vista da afirmação do seu estado de hipossuficiência, nos termos do art. 99, caput, e § 3º, do Código de Processo Civil (Lei n.º 13.105/2015). Salienta-se que a Lei Adjetiva Civil, na Seção IV do Capítulo II, especificamente nos seus arts. 98 a 102, passou a tratar da gratuidade de justiça, derogando a Lei n.º 1.060/1950. Relativamente à isenção do pagamento das custas processuais, deverá tal pretensão ser formulada junto ao Juízo da Vara de Execuções Penais, na fase de execução da sentença condenatória, quando então será possível aferir a verdadeira situação econômica do condenado. O deferimento do pedido de justiça gratuita não possui o condão de afastar, de plano, a obrigação de arcar com as custas processuais decorrentes da sucumbência, pois tais encargos são efeitos próprios da sentença penal condenatória. Confira-se: “PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PEDIDO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA USO DE DROGAS OU DE

RECONHECIMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. REEXAME DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7 DO STJ. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. FALTA DE INTERESSE RECURSAL. USO DO HABEAS CORPUS COMO SUCEDÂNEO DE RECURSO. INVIABILIDADE. CUSTAS PROCESSUAIS. ISENÇÃO. COMPETÊNCIA. JUÍZO DA EXECUÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. [...] 9. De acordo com a jurisprudência desta Corte, o momento de se aferir a situação do condenado para eventual suspensão da exigibilidade do pagamento das custas processuais é a fase de execução e, 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 AREsp n. 394.701/MG, Rel. Ministro ROGÉRIO SCHIETTI, SEXTA TURMA, DJe 4/9/2014). 10. Agravo regimental a que se nega provimento." (STJ, AgRg no AREsp n. 1.880.906/SP, Relator: Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 29/3/2022, DJe de 1/4/2022). Pelo quanto expendido, voto no sentido de conhecer do recurso, REJEITAR A PRELIMINAR, e, no mérito, DAR PROVIMENTO PARCIAL AO APELO, para substituir a pena privativa de liberdade definitiva imposta ao Apelante por apenas uma pena restritiva de direitos, a ser estipulada pelo Juízo da Execução, mantidos os demais termos da sentença recorrida. Sala das Sessões, ____ de _____ de 2023. Presidente Desa. Rita de Cássia Machado Magalhães Relatora Procurador (a) de Justiça