

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 8004133-44.2022.8.05.0201 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: ERIVALDO COUTINHO PEREIRA DA SILVA Advogado (s): PAULO SANTANA FERREIRA APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): ACORDÃO APELAÇÃO CRIME. PRÁTICA DOS DELITOS TIPIFICADOS NOS ARTS. 14 E 16 § 1º, INCISO IV, DA LEI N 10.826/03. PRELIMINAR ARGUIDA REJEITADA. BUSCA REALIZADA QUE OBSERVOU O QUANTO PRESCRITO NO ART. 244 DO CPP. INCABÍVEL A ABSOLVIÇÃO DO RÉU PELA PRÁTICA DO DELITO DO ART. 16, § 1º, IV DA LEI 10.826/032, AO ARGUMENTO DE INEXISTIR O LAUDO PERICIAL NECESSÁRIO PARA COMPROVAR A LESIVIDADE DA ARMA. JURISPRUDÊNCIA PACÍFICA DO STJ NO SENTIDO DE QUE NOS DELITOS DE POSSSE OU PORTE DE ARMA DE FOGO, QUE POSSUEM NATUREZA DE CRIME DE PERIGO ABSTRATO, TENDO COMO OBJETO JURÍDICO A SEGURANÇA COLETIVA, NÃO SE EXIGE COMPROVAÇÃO DA POTENCIALIDADE LESIVA DO ARMAMENTO. MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS COMPROVADAS POR DOCUMENTOS IDÔNEOS ACOSTADOS AOS AUTOS. REALIZADA, DE OFÍCIO, A SUBSTITUIÇÃO DO CONCURSO MATERIAL APLICADO PELO CONCURSO FORMAL. RÉU QUE, EM UM MESMO CONTEXTO FÁTICO, PORTAVA ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO COM NUMERAÇÃO SUPRIMIDA E 23 MUNIÇÕES DE CALIBRE 9MM, SE AMOLDANDO A SUA CONDUTA NA HIPÓTESE DO CONCURSO FORMAL DE CRIMES PREVISTA NO ART. 70 DO CP. COM A SUBSTITUIÇÃO EFETIVADA DO CONCURSO DE CRIMES, PROCEDEU-SE À ALTERAÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE DEFINITIVA ANTERIORMENTE FIXADA. INVIÁVEL A SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS, EIS QUE NÃO PREENCHIDOS OS REQUISITOS PARA ESSA FINALIDADE EXIGIDOS NO ART. 44, I, DO CP. INCABÍVEL A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DETRAÇÃO, POR SER O RÉU REINCIDENTE. DEFERIDO O PLEITO PARA QUE SEJA CONCEDIDO O DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. A MANUTENÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA NÃO É COMPATÍVEL COM O REGIME SEMIABERTO IMPOSTO NA SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DE APELAÇÃO CONHECIDO E, REJEITADA A PRELIMINAR SUSCITADA, NO MÉRITO, PROVIDO PARCIALMENTE, CONCEDENDO-SE O DIREITO DE O RÉU RECORRER EM LIBERADE, E, DE OFÍCIO, APLICADO O CONCURSO FORMAL DE CRIMES, MANTENDO-SE A SENTENÇA PROFERIDA EM SEUS DEMAIS TERMOS. Vistos, relatados e discutidos estes autos de n. 8004133-44.2022.8.05.0201, em que figuram, como apelante, ERIVALDO COUTINHO PEREIRA DA SILVA, e como apelado, o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA. ACORDAM os Desembargadores integrantes da Segunda Câmara Criminal 1ª Turma do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, conforme certidão de julgamento, em conhecer e, rejeitada a preliminar suscitada, no mérito, DAR PROVIMENTO PARCIAL ao recurso de Apelação interposto, para conceder o direito de recorrer em liberdade, e, DE OFÍCIO, aplicar o concurso formal de crimes, restando mantida em seus demais termos a sentença proferida, nos termos do voto do relator. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL 1ª TURMA DECISÃO PROCLAMADA Conhecido e provido em parte Por Unanimidade Salvador, 15 de Junho de 2023. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 8004133-44.2022.8.05.0201 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: ERIVALDO COUTINHO PEREIRA DA SILVA Advogado (s): PAULO SANTANA FERREIRA APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): RELATÓRIO Trata-se de Recurso de Apelação interposto por ERIVALDO COUTINHO PEREIRA DA SILVA em face de sentença, proferida pela MM. Juíza de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de Porto Seguro, que julgou procedente em parte a denúncia contra ele oferecida para: 1) condenar o réu nas sanções dos artigos 14 e 16, § 1º, inciso IV, ambos da Lei nº 10.826/03, em concurso material; 2) absolver o réu das imputações relativas aos delitos

tipificados no art. 33, incisos I e II, do Código de Processo Penal, e no art. 330 do Código Penal. A conduta ilícita atribuída ao Acusado foi assim descrita na peça exordial acusatória: "(...)"No dia 30 de abril de 2022, por volta das 17h15min, no Bairro Frei Calixto, nesta cidade, o denunciado acima qualificado, trazia consigo 01 (um) pedaço de maconha e portava 01 (uma) arma de fogo, pistola HS SF19 4.5 AFDE, com um carregador, número de identificação raspado, de cor preta e 23 (vinte e três) munições de calibre 9MM, tudo sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar. Segundo extrai-se dos autos, no dia e hora acima informados, policiais militares realizavam rondas de rotina nas imediações da UPA, área conhecida como Invasão do Mercado do Povo, quando avistaram um automóvel Chevrolet Celta, de cor preta, placa JQX6487, sendo conduzido por uma pessoa que realizou manobras bruscas e evadiu-se do local ao perceber a presença da viatura. Assim, a equipe realizou buscas e encontrou um indivíduo no interior do referido veículo, qual estava estacionado na porta de uma residência, contudo, no momento em que a guarnição emitiu voz de abordagem, ele evadiu-se com o veículo para um terreno ao lado. Em seguida, os policiais militares ordenaram que o condutor descesse do automóvel e conseguiram visualizar que ele retirou algo da cintura e colocou ao lado do banco. Ato contínuo, o condutor do veículo foi identificado como sendo Erivaldo Coutinho Pereira da Silva, ora denunciado, qual é conhecido pelo vulgo "Nego Andu" e também por ser traficante de drogas e integrar a facção criminosa MPA, e durante a busca pessoal foi encontrado um pedaço de maconha em sua cintura. Durante buscas no veículo, os policiais militares apreenderam uma pistola HS SF19 4.5 AFDE, com um carregador, número de identificação raspado, cor preta e 23 (vinte e três) munições de calibre 9MM, ao lado da marcha, além da quantia de R\$ 370,00 (trezentos e setenta reais), 01 (um) aparelho celular da marca Samsung, modelo A 21S, de cor azul e outros itens de uso pessoal. Diante disso, o denunciado recebeu voz de prisão em flagrante e foi conduzido à unidade policial."Em suas razões recursais, suscita o Apelante, em sede de preliminar, a ilegalidade da busca pessoal realizada, alegando que a mesma está eivada de nulidade por absoluta ausência de materialidade, necessária para eventual condenação, devendo, por essa razão, ser absolvido dos crimes que lhe foram imputados, na forma do art. 386, V e VII, do Código de Processo Penal. No mérito, afirma que, em que pese o Órgão Ministerial o tenha denunciado pela prática do delito tipificado no art. 16, § 1º, IV, da Lei nº 10.826/03, não deve ele ser condenado pelo cometimento do mencionado tipo, uma vez que, tratando-se de um crime de perigo abstrato, exige-se, para sua configuração, que a potencialidade lesiva do artefato encontrado esteja comprovada, o que não ocorreu in casu, porquanto não há nos autos laudo pericial que ateste se a arma era apta ao tempo da ação, tampouco se a mesma estava raspada, não podendo, assim, ser-lhe atribuída a conduta do art. 16, § 1º, IV, da Lei nº 10.826/03. Dessa forma, entende ser imperativa a sua absolvição, a teor do disposto no art. 386, VII, do CPP. Em homenagem ao princípio da eventualidade, na hipótese de não reconhecimento da nulidade acima apontada, aduz o Recorrente que o pleito formulado pelo Órgão Ministerial, a fim de que fosse ele condenado pelos delitos previstos nos arts. 14 e 16, § 1º, IV, da Lei 10.826/2002, deve ser rechaçado, já que a arma com ele encontrada é de uso permitido, devendo ser aplicado, na espécie, o princípio da consunção, não havendo que se falar na aplicação de dois tipos penais distintos. Por esse motivo, por não haver nos autos laudo demonstrando que a arma de fogo sofreu qualquer tipo de supressão manual,

enquadrando-se, portanto, a sua conduta na hipótese descrita no art. 14 da Lei nº 10.820/03, pugna pela desclassificação do tipo penal imputado na inicial acusatória. Subsidiariamente, caso não se entenda pela desclassificação delitiva, pede a aplicação do princípio da consunção, para que seja caracterizado o cometimento de apenas um único delito. Considerando que a tese defensiva da consunção poderá ser acolhida, sua pena será diminuída, o que possibilitará a modificação do regime de cumprimento da pena imposta para o aberto, bem como a substituição da pena privativa de liberdade aplicada por restritiva de direitos, como previsto no art. 44 do Código Penal. Na eventualidade de ser mantida a prisão do Recorrente, requer-se que possa ele recorrer em liberdade, assim como que o tempo de prisão provisória já cumprida seja computado no momento em que for calculada a pena, conforme o instituto da detração penal," em especial o caso de ser aplicado ao acusado regime inicial diferente do aberto, consoante quantidade de pena imposta ". Ao final, com base nas razões expostas, postula o Apelante: a) que seja acolhida a preliminar suscitada para declarar ilícita a abordagem policial, assim como as provas obtidas a partir dali, com o consequente desentranhamento das mesmas dos autos, na forma do art. 157, § 1º, do CPP; b) que seja o denunciado absolvido do delito previsto no art. 16, § 1º, IV, da Lei nº 10.826/03, em razão da ausência de laudo pericial necessário para demonstrar a lesividade da arma, bem como para demonstrar qualquer tipo de supressão manual; c) subsidiariamente, caso mantida a sentença recorrida, requer-se a desclassificação para o delito previsto no art. 14 da Lei nº 10.826/03; d) que seja considerado como regime inicial de cumprimento da pena o aberto, porquanto o crime em comento não ultrapassará 04 anos, após a devida absolvição do delito tipificado no art. 16, § 1º, IV; e) que seja substituída a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos; f) que seja considerado o tempo de prisão provisória já cumprido pelo réu no momento do cálculo da pena, conforme o instituto da detração penal, especialmente na hipótese de ser aplicado ao acusado o regime inicial de cumprimento de pena diferente do aberto. Ao apresentar contrarrazões (ID 38760703), defende o Ministério Público Estadual o improvimento do apelo manejado. Ouvida, a douta Procuradoria de Justiça opinou (ID 41128595) pelo conhecimento e provimento parcial do recurso interposto. É o relatório. Salvador/BA, 30 de maio de 2023. Des. José Alfredo Cerqueira da Silva – 2ª Câmara Crime 1ª Turma Relator PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 8004133-44.2022.8.05.0201 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: ERIVALDO COUTINHO PEREIRA DA SILVA Advogado (s): PAULO SANTANA FERREIRA APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): VOTO Conheço do Recurso de Apelação interposto, porquanto preenchidos os pressupostos do juízo de admissibilidade a ele inerentes. Trata-se de Recurso de Apelação interposto por ERIVALDO COUTINHO PEREIRA DA SILVA em face de sentença, proferida pela MM. Juíza de Direito da Comarca de Porto Seguro, que o condenou, pela prática dos delitos tipificados nos arts. 14 e 16, § 1º, inciso IV, ambos da Lei nº 10.826/03, em concurso material, ao cumprimento, no regime inicial semiaberto, da pena de 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e ao pagamento de 116 dias-multa, no valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do fato. Em sede de preliminar, sustenta o Apelante existir ilegalidade na busca pessoal realizada no caso em comento, tendo em vista que não foi ela baseada em nenhuma atitude suspeita de sua parte, estando, pois, a mesma eivada de nulidade por

ausência de materialidade para eventual condenação, devendo, por essa razão, ser absolvido dos crimes que lhe foram imputados, na forma do art. 386, V e VII, do Código de Processo Penal. Não há, contudo, como dar acolhimento à referida pretensão. Assim dispõe o art. 244 do CPP: "A busca pessoal independe de mandado, no caso de prisão ou quando houver fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito, ou quando a medida for determinada no curso de busca familiar." In casu, verifica-se que a busca pessoal realizada observou o quanto estabelecido no dispositivo acima transcrito, diante da forma como reagiu o suspeito no momento em que avistou a viatura policial que dele se aproximava. Como afirmado pelos agentes policiais, estavam eles transitando nas imediações da UPA, área conhecida como Invasão do Mercado do Povo, quando avistaram um automóvel; que o seu condutor, ao perceber a presença da viatura, realizou manobras bruscas, empreendendo, em seguida, fuga em alta velocidade, o que neles despertou a suspeita de que o acusado estaria na posse de arma proibida, ou papéis que constituíssem corpo de delito, como assim previsto no mencionado art. 244 do CPP, não havendo, pois, qualquer ilegalidade no procedimento posto em prática pelos policiais. Rejeitada, por essa razão, a preliminar suscitada. – DO MÉRITO: I – Do pedido de absolvição do delito tipificado no art. 16, § 1º, IV, da Lei nº 10.826/03, em razão da ausência de laudo pericial para demonstrar a lesividade da arma, bem como evidenciar qualquer tipo de supressão manual, pugnando pela desclassificação do tipo penal imputado na inicial acusatória para a hipótese prevista no art. 14 do mesmo diploma legal. De início, afirma-se não haver plausibilidade nos argumentos apresentados pelo Recorrente, em face da jurisprudência sedimentada do colendo Superior Tribunal de Justiça 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". (STJ – HC 602.237/SP, Rel. Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 12/1/2020). No caso concreto, constata-se, da análise dos autos, que a materialidade do delito foi devidamente comprovada mediante a juntada ao encarte processual do boletim de ocorrência (ID 203751618) e do auto de exibição e apreensão (ID 203751618), o que confirma a desnecessidade de realização de qualquer perícia para comprovar a consumação dos delitos descritos no art. 16, § 1º, IV, e 14, ambos da Lei nº 10.856/03. Ademais, os depoimentos dos policiais e o interrogatório do réu, na fase inquisitiva e em juízo, evidenciam a prática pelo Apelante dos crimes pelos quais foi condenado, circunstância que afasta qualquer possibilidade de ser ele absolvido por ausência de materialidade e de comprovação da autoria delitiva, ou de proceder-se à desclassificação almejada: "(...) Sd PM AILSON SOUZA DIAS JUNIOR prestou depoimento em juízo e disse, sublinhado no que interessa ao feito nesse momento, que já participou de algumas abordagens do réu e de uma prisão cerca de 7 anos atrás na BR 367 envolvendo o réu; que a prisão foi de um assalto na Pneus Brasil e as abordagens foram rotineiras; que a atitude suspeita do réu foi que vinha de carro em direção a viatura e bruscamente virou a esquerda sem dar a seta e quase provocou um acidente; que foram atrás para verificar quem estava dirigindo; que quando chegaram em frente a uma casa o carro estava parado; que quando estavam parando com a viatura o réu deu a ré no carro e entrou em um terreno baldio ao lado da casa; que deram voz para o réu sair do carro; que ao se aproximarem da porta do passageiro viram o réu tirando algo da cintura e colocando ao

lado do banco do motorista; que o réu desembarcou do carro e fizeram a busca pessoal e encontraram a maconha que estava dentro do short do réu; que olhando por dentro do carro encontraram ao lado do banco do motorista uma pistola; que a pistola estava municiada; que quando pararam a viatura o réu deu a ré e entrou no terreno e aí que deram a voz de abordagem; que o réu falou que a droga era de uso próprio; que a informação que o réu se chama Nego Andu e que pertence a facção MPA vem do meio policial; que sabe que o réu pertence a facção pelo tipo de armamento e pela rede que tinha era típico de pessoal que faz acampamento na mata; que já tiveram várias situações desse pessoal que leva rede, colchões e acampam na mata; que geralmente quem usa pistola é o pessoal da liderança dessa facção; que o local onde o réu foi abordado fica nos fundos do Mercado do Povo onde predomina a facção MPA; que não recorda se foi apreendido um celular no dia da abordagem; que o terreno onde o réu deu a marcha ré no carro fica ao lado da casa; que ficou dentro do veículo e não correu; que a voz de abordagem foi dada quando o réu parou no terreno; que o réu não reagiu a abordagem; que ouve falar do réu há bastante tempo; que trabalha na polícia cerca de 13 anos e desde a vez que houve a prisão do réu em 2014 pelo assalto sempre ouve falar do réu; que nas outras abordagens do réu não foi apreendido algo ilícito; que teve uma das abordagens que o réu quebrou o celular para a polícia não ter acesso e nessa abordagem o réu saiu pulando o muro e foi encontrado em uma casa; que a droga que foi apreendida era maconha e lembra que tinha um pedaço grande; que a droga estava dentro da cueca do réu; que não pode observar o réu traficando, que só tem informações que ele é envolvido com a facção; que durante a abordagem saiu a mãe do réu dentro da casa; que a mãe do réu disse que mora nessa residência ao lado do terreno onde o réu foi abordado; que a informação que o réu tem ligação com a facção MPA obteve da Polícia Civil durante a apresentação do réu e que o réu estava sendo investigado; que só tem informações e de ouvir falar mas não tem nada concreto que o réu é ligado com a facção MPA; que durante a apresentação do réu na Polícia Civil os policiais informaram que o réu estava sendo investigado; que a droga encontrada com o réu era do tamanho de um queijo polenguinho; que não recorda se foi pesada a droga. Sd PM ANDRÉ LUIZ PEREIRA DA SILVA JUNIOR disse, em juízo, sublinhado no que interessa ao feito nesse momento, que já tinha ouvido falar do réu mas não o conhecia; que no meio policial tem alguns nomes que sabe quem são os envolvidos; que só tinha ouvido falar o nome mas nuncatinha visto o réu; que a atitude suspeita que levou abordagem foi que o carro entrou de vez assim que avistou a viatura; que foram atrás para verificar qual foi a situação; que o carro estava parado e foram se aproximando; que o réu deu uma ré de vez e entrou na lateral de uma casa em um terreno baldio; que não conseguiram ver se tinha mais pessoas no carro com o réu; que quando o réu virou na rua a polícia já foi atrás mas tinha uma distância relativa do réu; que perderam o réu de vista questão de 2 segundos; que na abordagem o réu largou algo na lateral interna do carro; que na abordagem outro policial encontrou um saquinho com droga; que era maconha e estava na cintura do réu; que dentro do carro tinha uma pistola municiada que parecia que o réu tinha largado no momento da abordagem; que o réu colocou uma mão para fora do carro e a outra estava dentro; que foi a hora que pediu para ver as mãos do réu e o réu deixou algum objeto que na hora da vistoria conseguiram ver que era uma pistola; que não foi encontrada mais munição com o réu; que a pistola era de calibre 9 mm; que não lembra se o réu falou alguma coisa sobre a arma; que a droga o réu alegou que era para uso; que a droga era um

tablete relativamente grande; que não era o que costumam encontrar para uso; que a droga não foi pesada; que não recorda se na abordagem foi encontrado algum celular com o réu; que na abordagem no primeiro momento o réu dificultou um pouco escondendo as pernas; que de início acharam que ele estava armado; que depois o réu obedeceu tranquilamente; que réu não fugiu; que só tinha ouvido falar do réu mas não o conhecia; que nunca viu o réu traficando; que no momento da abordagem saiu da casa uma senhora que era a mãe do réu; que não lembra se alguém falou que aquela casa era da mãe do réu; que não lembra exatamente a quantidade da droga encontrada; que não sabe dizer se na delegacia o réu foi indiciado por tráfico de drogas ou uso de drogas. O réu ERIVALDO COUTINHO PEREIRA DA SILVA afirmou, em seu interrogatório judicial, sublinhado no que interessa ao feito nesse momento, que no momento da prisão estava indo levar roupas para sua mãe lavar; que o local é de invasão de terrenos invadidos; que chegou a ver a guarnição; que quando parou na porta da casa da mãe a viatura passou olhando e parou mais à frente e ficou olhando; que deu a ré para estacionar o carro do lado da casa da sua mãe; que nisso os policiais vieram correndo para cima do carro mandando descer; que desceu e os policiais o algemaram nos fundos do carro e começaram a vistoriar o carro; que foi quando encontraram um pedacinho de maconha que estava na cintura e a pistola que estava em baixo do banco dentro do carro; que a droga e a pistola eram suas; que a droga era do tamanho de um caldo knorr dentro de uma meia; que a droga era para uso próprio; que comprou a droga no momento em que saiu de casa para levar as roupas na casa da sua mãe; que comprou R\$ 20,00 de cigarro de maconha na rua para poder fumar; que fumaria no terreno baldio longe das crianças; que tinha a arma porque abriu um comércio em casa e fica trabalhando até as 23h; que comprou a arma para fazer segurança da família; que pagou R\$ 6.000,00 na arma; que comprou essa arma na praia na mão de um rapaz; que pegou a arma já com munição; que tem uns 4 meses que tinha comprado a arma; que estava sozinho no carro; que a pistola era 9mm; que não sabe se tinha alguma numeração raspada na pistola; que mora nos fundos do posto de saúde e estava indo pela rua da UPA e na rua da UPA mesmo pegou a droga na mão de um rapaz; que fumaria no terreno baldio longe das crianças; que a prisão anterior foi por roubo; que nunca foi preso por drogas nem foi abordado com drogas; que trabalha com venda de açaí há 11 anos; que quando saiu da primeira prisão saiu com o objetivo de trabalhar na praia como ambulante; que tem 3 carrinhos de açaí e o comércio em casa também de açaí; que compra 2 ou 3 caixas de açaí com um gringo na praça; que trabalha com os 3 carrinhos de açaí e que seu irmão também tem 2 carrinhos de açaí; que são uma família que trabalha com venda de açaí; que quando foi posto em liberdade da prisão em anterior ia todos os meses no fórum assinar; que durante 7 anos ia no fórum assinar. (...)" Mantida, pois, a condenação nos termos estabelecidos na sentença proferida. – Da impossibilidade de aplicação do princípio da consunção: Incabível se mostra a aplicação do princípio da consunção, uma vez que os artigos 14 e 16 da Lei nº 10.823/03, de acordo com jurisprudência pacífica da Corte Superior de Justiça, "tutelam bens jurídicos distintos, o que torna inviável o reconhecimento do crime único quando o agente é denunciado e condenado por infração a mais de um dispositivo legal". (STJ – AgRg no REsp n. 1497670/G0, relator Min. Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe 7/4/2017). – Da análise, de ofício, da dosimetria da pena aplicada: Analisando-se, ex officio, a individualização da pena realizada na sentença condenatória proferida (3 fases da dosimetria), verifica-se não haver o que nela ser modificado,

como a seguir será demonstrado. – Crime do art. 14 da Lei nº 10.826/2003 – Na primeira fase da dosimetria, não foi valorada negativamente nenhuma das circunstâncias judiciais, permanecendo a pena no mínimo abstratamente previsto, qual seja, 2 (dois) anos de reclusão. Na segunda fase, foi reconhecida a ocorrência da circunstância agravante da reincidência, com base na certidão constante do ID 38760460, o que gerou a aplicação do percentual de 1/6 (um sexto) sobre a pena aplicada na primeira fase, restando a reprimenda aumentada para 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, tornada definitiva ante a ausência de causas de diminuição e aumento. – Crime do art. 16, § 1º, inciso IV, da Lei nº 10.826/03 – Na primeira fase da dosimetria, não foi valorada negativamente nenhuma das circunstâncias judiciais, permanecendo a pena no mínimo abstratamente previsto, qual seja, 3 (três) anos de reclusão. Na segunda fase, foi reconhecida a ocorrência da circunstância agravante da reincidência, com base na certidão constante do ID 38760460, o que gerou a aplicação do percentual de 1/6 (um sexto) sobre a pena aplicada na primeira fase, restando a reprimenda aumentada para 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão, tornada definitiva ante a ausência de causas de diminuição e aumento. Por outro lado, as penas de multa fixadas para ambos os crimes foram aplicadas em quantidade de dias-multa proporcional às penas privativas de liberdade cominadas, não havendo, também quanto a elas, o que ser alterado. No que pertine, entretanto, ao concurso material de crimes aplicado com fulcro no art. 69 do Código Penal, equivocou-se a MM. Juíza a quo quando considerou, in casu, ter o agente, mediante mais de uma ação, praticado os crimes tipificados nos arts. 14 e 16, § 1º, IV, da Lei nº 10.826/03. De fato, na espécie, verifica-se que o Recorrente, em um mesmo contexto fático, portava arma de fogo de uso restrito com numeração suprimida e 23 munições de calibre 9MM, de modo que a sua conduta, à evidência, se amolda à hipótese de concurso formal de crimes, previsto no art. 70 do Código Penal, verbis: "Quando o agente, mediante uma só ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplica-se-lhe a mais grave das penas cabíveis ou, se iguais, somente uma delas, mas aumentada, em qualquer caso, de um sexto até metade." O percentual de aumento resultante do concurso formal de crimes deve ser aferido em face do número de delitos praticados. Sendo 2 (dois) delitos cometidos, o percentual de aumento deve ocorrer na fração de 1/6 (um sexto). Assim, eleva-se a pena do delito mais grave, que é, no caso em apreço, o do art. 16, § 1º, IV, da Lei nº 10.826/2003, restando a pena definitiva em 4 (quatro) anos e 1 (um) mês de reclusão e 68 (sessenta e oito) dias multa, a ser cumprida no regime semiaberto. Diante da aplicação do concurso formal na hipótese sob análise, e, como consequência, fixada a pena definitiva em 4 (quatro) anos e 1 (um) mês de reclusão, bem como, vale destacar, pelo fato de ser o réu reincidente, mostra-se incabível considerar-se como regime inicial de cumprimento da reprimenda aplicada o regime aberto, por ele pretendido no apelo manejado. Inviável, igualmente, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, como acertadamente decidiu a MM. Juíza sentenciante, por não restarem preenchidos, para essa finalidade, os requisitos exigidos no art. 44, inciso I, do Código Penal. No que tange ao pleito de detração do período de aprisionamento provisório já cumprido pelo Recorrente, não se revela possível o seu deferimento, tendo em vista que, tratando-se de réu reincidente, conforme comprova o documento constante do ID 38760460, a jurisprudência sedimentada do colendo Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que "a reincidência torna inócua a operação de abatimento do

período de aprisionamento provisório para o fim de fixar regime inicial de cumprimento de pena mais ameno. "No que se refere ao pedido para que lhe seja concedido o direito de recorrer em liberdade, ao argumento de que a manutenção da prisão preventiva em seu desfavor anteriormente decretada não é compatível com o regime semiaberto fixado na sentença condenatória, razão assiste ao Apelante, conforme, inclusive, defendido no opinativo da douta Procuradoria de Justiça. Com efeito, na sentença proferida foi fixado o regime semiaberto com a negativa do direito de recorrer em liberdade. O egrégio Supremo Tribunal Federal, entretanto, possui jurisprudência pacífica no sentido de que, nessa hipótese," a manutenção da prisão preventiva resulta na imposição, de forma cautelar, de pena mais gravosa do que a estabelecida no título condenatório". (STF – HC 200.564/MG, relator Min. Marco Aurélio). Para melhor elucidação da matéria ora tratada, transcreve-se trecho do acórdão, do Tribunal Superior de Justiça, proferido no HC 24.546/MG, da relatoria do Ministro Arnaldo Esteves Lima, que acompanha o entendimento defendido pelo Supremo Tribunal Federal:"(...) Por outro lado, verifica-se notória contradição entre o cumprimento da pena em regime intermediário e a manutenção da prisão cautelar, submetendo o paciente a regime mais grave de restrição de liberdade do que o previsto na sentença condenatória, ainda mais quando não há registro de interposição de recurso pelo Ministério Público. Na hipótese em exame, o paciente foi condenado à pena de 6 anos, 10 meses e 15 dias de reclusão, em regime semiaberto, pela prática do crime de roubo circunstanciado (art. 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal). Assim, estipulado o regime inicial semiaberto para cumprimento da pena, mostra-se incompatível com a condenação a custódia cautelar para negar ao paciente o apelo em liberdade. Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça tem decidido que "Consubstancia-se constrangimento ilegal sanável por habeas corpus, o cumprimento de pena em regime prisional mais gravoso do que aquele fixado na sentença condenatória, sob pena de proteção do indevido desvio da finalidade da pretensão executória estatal" (HC 56.527/MG, Rel. Min. LAURITA VAZ, Quinta Turma, DJ de 1º/8/06). Desse modo, "fixado na sentença condenatória o regime semi-aberto para o início do cumprimento da pena aplicada, é direito do réu aguardar o julgamento de eventual recurso de apelação em liberdade, se por outro motivo não estiver preso" (HC 42.402/RJ, de minha relatoria, Quinta Turma, DJ de 26/9/05)"(...) Em face do exposto, voto no sentido de conhecer e, rejeitada a preliminar suscitada, no mérito, DAR PROVIMENTO PARCIAL ao Recurso de Apelação interposto, para conceder o direito de o Apelante recorrer em liberdade e, DE OFÍCIO, substituir o concurso material aplicado na sentença impugnada pelo concurso formal, alterando, em consequência, a pena privativa de liberdade definitiva fixada, restando mantida a sentença proferida em seus demais termos. Serve o presente como alvará de soltura a ser expedido no BNMP em favor do réu ERIVALDO COUTINHO PEREIRA DA SILVA, brasileiro, RG 15167081-13 – SSP/BA, nascido em 02/07/1991, filho de Erenaldo Pereira da Silva e Maria Miranda Coutinho. Imprime-se ao presente Acórdão FORÇA DE ALVARÁ, a ser expedido no BNMP, referente apenas a Ação penal de nº 8004133-44.2022.8.05.0201. . Salvador/BA, 2 de junho de 2023. Des. José Alfredo Cerqueira da Silva – 2ª Câmara Crime 1ª Turma Relator 03