

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal – Segunda Turma Classe : Apelação Criminal n.º 0504370-37.2017.8.05.0039 Órgão : Primeira Câmara Criminal – Segunda Turma Relator (a) : Des. Abelardo Paulo da Matta Neto Apelante : André Luis Bacellar de França Advogado (s) : Thalita Coelho Duran e outros Apelado : Ministério Público do Estado da Bahia APELAÇÃO CRIME. PRELIMINAR. NATUREZA. MÉRITO. IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. VIOLAÇÃO. NULIDADE. MITIGAÇÃO. PREJUÍZO. AUSÊNCIA. PROVA INCONTROVERSA. PORTE ILEGAL DE ARMA DE USO RESTRITO. CARACTERÍSTICA. MECANISMO DE DISPARO AUTOMÁTICO. NOVATIO LEGIS IN MELLIUS. INOCORRÊNCIA. APELO. IMPROVIMENTO. 1. As preliminares recursais não se confundem com as nulidades ou imperfeições do processo na primeira instância, muito menos com a discussão sobre capítulos próprios do julgado, cingindo-se, ao revés, aos temas que afetam o processamento do próprio recurso, obstando seu prosseguimento analítico, mas nunca abarcando aqueles que, acolhidos ou não, conduzem ao provimento ou desprovimento do apelo, os quais, inclusive quanto às teses de nulidade processual, se reservam à apreciação no mérito da insurgência. Precedentes. 2. No esteio da compreensão assentada no Superior Tribunal de Justiça e neste próprio Colegiado Julgador, a eventual inobservância ao princípio da identidade física do juiz ( CPP, art. 399, § 2º) não enseja nulidade absoluta, sendo necessário analisar o caso em concreto, a fim de apurar se de tal fato decorreu prejuízo para a Defesa. Inteligência do regente princípio pas de nullité sans grief, consagrado no art. 563 do Código de Processo Penal. 3. Não tendo se estabelecido qualquer controvérsia acerca da prova colhida na instrução, tendo em foco que o único fato em apuração foi expressamente confessado pelo réu, inclusive com a consequente incidência da atenuante prevista no art. 65, III, d, do Código Penal, inexistente sequer prejuízo potencial que lhe possa ter sido causado pela substituição, ao tempo da sentença, do magistrado que presidiu a instrução, não havendo, por conseguinte, que se falar em nulidade processual. 4. Não obstante a alteração promovida por atos regulamentares acerca da classificação das armas de fogo em de uso permitido e restrito, por delegação do art. 23 da Lei nº 10.826/03, tem-se por inviável reconhecer a incidência de novatio legis in mellius se o artefato apreendido com o réu, por suas características de funcionamento, continuou sendo classificado como de uso restrito. 5. Ainda que o calibre 9 mm (nove milímetros), pela legislação regulamentar inaugurada em 2019 pelos Decretos nº 9.845/19 e 9.847/19, tenha passado a se inserir dentre aqueles passíveis de classificação como de uso permitido, tal conceito técnico se reservou às armas com mecanismo de disparo semiautomático ou de repetição, permanecendo aquelas automáticas, de qualquer calibre, no rol das de uso restrito. 6. Sendo inequívoco nos autos virtuais, inclusive por prova pericial específica, que a arma apreendida com o réu se caracterizava pelo mecanismo de disparo automático, não há que se falar em reclassificação de sua conduta do art. 16 para o art. 12 da Lei nº 10.826/03, eis que não alterado seu enquadramento legal. 7. Recurso improvido. ACÓRDÃO Vistos, relatados e discutidos estes autos virtuais de n.º 0504370-37.2017.8.05.0039, em que figuram, como Apelante, André Luis Bacellar de França e, como Apelado, o Ministério Público do Estado da Bahia, ACORDAM os Desembargadores componentes da Segunda Turma da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade, em NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO, nos termos do voto condutor, adiante registrado. DES. ABELARDO PAULO DA MATTA NETO PRESIDENTE / RELATOR PROCURADOR (A) DE JUSTIÇA PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL 2ª  
TURMA DECISÃO PROCLAMADA Conhecido e não provido Por Unanimidade  
Salvador, 30 de Agosto de 2022. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA  
DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal – Segunda Turma Classe :  
Apelação Criminal n.º 0504370–37.2017.8.05.0039 Órgão : Primeira Câmara  
Criminal – Segunda Turma Relator (a) : Des. Abelardo Paulo da Matta Neto  
Apelante : André Luis Bacellar de França Advogado (s) : Thalita Coelho  
Duran e outros Apelado : Ministério Público do Estado da Bahia  
RELATÓRIO ANDRÉ LUIS BACELLAR DE FRANÇA interpôs recurso de apelação  
contra a sentença penal prolatada pelo Juízo de Direito da Vara dos Feitos  
Relativos a Delitos Praticados por Organização Criminosa da Comarca de  
Salvador, condenando-o pela incursão na conduta recriminada pelos artigos  
12 e 16 da Lei nº 10.826/03, sob a basilar imputação de que, no dia 18 de  
agosto de 2017, por volta das 6h, no interior de sua residência,  
localizada no Loteamento Vila dos Artistas, Rua H, n.º 17, bairro Pé de  
Areia, distrito de Jauá, região litorânea deste município, possuía armas  
de fogo, tanto de uso permitido quanto restrito, munições e acessórios  
diversos, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou  
regulamentar. De proêmio, em prestígio aos preceitos da celeridade, da  
eficiência e da economia processual, e tendo em vista ali se externar  
suficientemente, no que relevante, a realidade da marcha processual até  
então desenvolvida, adota-se o relatório da sentença encartada  
virtualmente sob o ID 185155715 (autos em pdf), a ele acrescentando o  
registro dos eventos subsequentes, conforme a seguir disposto.  
Apreciando as imputações da respectiva denúncia, o Julgador Primevo  
reconheceu a materialidade delitiva e a respectiva autoria acerca do crime  
de porte ilegal de arma de uso restrito – Lei nº 10.826/03, art. 16 –,  
condenando o Réu às penas definitivas de 02 (dois) anos e 06 (seis) meses  
de reclusão, em regime inicial aberto, além de 08 (oito) dias-multa, no  
valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente ao tempo  
do fato, de logo substituindo a pena privativa de liberdade por  
restritivas de direitos. Irresignado com a condenação, o Acusado  
interpôs apelação (ID 185155716), por cujas razões (ID 23547476 – 2º  
Grau), no propósito de ver anulada a sentença, alega, inicialmente e sob o  
rótulo de preliminar, violação ao princípio da identidade física do juiz,  
em face de ter o feito sido sentenciado por magistrado diverso do que  
concluiu a instrução. Na sequência, acresce a tese de necessidade da  
desclassificação da conduta, tendo em vista que a arma que mantinha  
consigo teria sido legalmente reclassificada para de uso permitido,  
impondo-se a incidência da novatio legis in melius. O Ministério  
Público apresentou contrarrazões, sem suscitar preliminares recursais e  
pugnando pelo parcial provimento do recurso, acerca da desclassificação da  
conduta (ID 23547482). A Procuradoria de Justiça ofertou parecer, pelo  
parcial provimento do apelo (ID 23547488 – pdf/2º grau). Retornando-me  
os autos à conclusão, não subsistindo diligências pendentes, neles lancei  
a presente sinopse, submetendo-a à Eminente Revisão. É o suficiente a  
relatar. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA  
Primeira Câmara Criminal – Segunda Turma Classe : Apelação Criminal  
n.º 0504370–37.2017.8.05.0039 Órgão : Primeira Câmara Criminal – Segunda  
Turma Relator (a) : Des. Abelardo Paulo da Matta Neto Apelante : André  
Luis Bacellar de França Advogado (s) : Thalita Coelho Duran e outros  
Apelado : Ministério Público do Estado da Bahia VOTO Ao exame  
dos autos, deflui-se cuidar-se de Apelação Criminal manifestada contra  
sentença condenatória proferida por Juiz singular, revelando-se, à luz do

art. 593, I, do Código de Processo Penal, patente a adequação da modalidade recursal à hipótese em que utilizada. O recurso foi interposto no prazo legal, com observância das formalidades a ele inerentes, tornando, portanto, imperativo seu conhecimento. O apelo se inicia com a alegação, a título de preliminar, de nulidade da sentença, sob o argumento de que proferida por Juiz diverso do que presidiu a instrução, violando o art. 399, § 2º, do Código Penal. Acerca da alegação, de início há de se consignar que, apesar do rótulo atribuído à insurgência, lançada sob o título de "Preliminar", a matéria por ela abarcada não possui natureza de preliminar recursal, revolvendo o próprio mérito o apelo. Com efeito, as preliminares recursais não se confundem com as nulidades ou erros de julgamento do processo na primeira instância, cingindo-se, ao revés, aos temas que afetam o processamento do próprio recurso, obstando seu prosseguimento analítico, mas nunca abarcando aqueles que, acolhidos ou não, conduzem ao provimento ou improvimento do apelo, respectivamente, inclusive para anular o julgado ou prontamente modificar a situação do recorrente. A matéria é, já de há muito, sedimentada nesta Turma Julgadora, conforme se ilustra: "APELAÇÃO CRIME. TRÁFICO DE DROGAS. PRELIMINARES. PROVAS. NULIDADE. MATÉRIA ATINENTE AO MÉRITO. PLEITO ABSOLUTÓRIO. FLAGRANTE. AGRESSÃO. PROVAS. CONTAMINAÇÃO. INOCORRÊNCIA. SUBSTÂNCIAS ILÍCITAS. TRANSPORTE PESSOAL. DESTINAÇÃO. MERCANCIA. CONJUNTO PROBATÓRIO. ROBUSTEZ. MATERIALIDADE E AUTORIA DEPOIMENTOS. DIVERGÊNCIAS PERIFÉRICAS. IRRELEVÂNCIA. DESCLASSIFICAÇÃO. DROGAS. NATUREZA. VARIAÇÃO. ARMAZENAMENTO. INCOMPATIBILIDADE. DOSIMETRIA. REINCIDÊNCIA. AGRAVANTE. FRAÇÃO. MÍNIMO. ADEQUAÇÃO. PRIVILÉGIO. RECONHECIMENTO. INVIABILIDADE. REGIME. CORREÇÃO. RECURSO. LIBERDADE. PRISÃO PREVENTIVA. REQUISITOS. SUBSISTÊNCIA. GRATUIDADE. DEFERIMENTO. APELO. IMPROVIMENTO. 1. As preliminares recursais não se confundem com as nulidades ou imperfeições do processo na primeira instância, muito menos com a discussão sobre capítulos próprios do julgado, cingindo-se, ao revés, aos temas que afetam o processamento do próprio recurso, obstando seu prosseguimento analítico, mas nunca abarcando aqueles que, acolhidos ou não, conduzem ao provimento ou improvimento do apelo, os quais se reservam à apreciação no mérito da insurgência. 2. No esteio do entendimento assentado nas Cortes Superiores, eventuais máculas de irregularidade no flagrante não contaminam as provas da ação penal. 3. Ainda que grave a acusação defensiva de terem os policiais que prenderam o Réu o agredido fisicamente, não há que se falar em nulidade das provas se da suposta agressão não resultara qualquer elemento utilizado para embasar a condenação, sobretudo porque mantida a negativa de autoria desde o flagrante até a fase recursal. 4. O delito reprimido pelo art. 33 da Lei nº 11.343/06 se estabelece sob natureza multinuclear, restando configurado pela prática de qualquer dos verbos ali compreendidos, e não apenas pela flagrância na venda direta de entorpecentes ilícitos. 5. Comprovando-se, pelo vasto conjunto probatório constante dos autos, que o Réu trazia consigo considerável quantidade das drogas popularmente conhecidas como maconha e cocaína (em 10 trouxas e 16 pinos, respectivamente), em condições típicas da traficância, resta configurada a incursão objetiva na norma penal incriminadora, haja vista que materializado um de seus verbos nucleares, convicção que não é elidida pela mera existência de divergências periféricas nos depoimentos das testemunhas. 6. Não sendo o réu primário, mas, ao revés, contando com condenação pretérita transitada em julgado, é inviável a ele reconhecer incidente a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, posto que ausente uma de suas condicionantes cumulativas. 7. A

constatação da reincidência é circunstância agravante objetiva a ser considerada na segunda fase do cálculo dosimétrico, não havendo o que nela se retificar se pautada em indicação específica, inclusive identificando o processo de que deriva, sobretudo quando valorada pela mínima fração para ela consagrada (1/6). 8. Ainda que fixada a condenação definitiva acima de 04 (quatro) e abaixo de 08 (oito) anos de reclusão, revela-se, diante da reincidência, adequada a fixação do regime inicial de cumprimento como o fechado, na forma do sistema progressivo estabelecido no art. 33 do Código Penal. 9. Tendo o acusado respondido ao processo preventivamente custodiado, sob decreto assentado em pressupostos e fundamentos subsistentes ao tempo da sentença e nela expressamente invocados, não há irregularidade a ser reconhecida na determinação de que assim permaneça até o julgamento de eventuais recursos. Precedentes. 10. Malgrado não consista propriamente o objeto recursal, mas postulação processual acessória, tendo o Apelante alegado insuficiência de recursos para custear as despesas decorrentes da condenação, requerendo delas ser isentado, urge deferir-lhe o benefício da Gratuidade de Justiça, na forma dos arts. 98 e 99 da Lei nº 13.105/15, de subsidiária aplicação. 11. Apelação não provida.” (TJ-BA – APL: 05038750520208050001, Relator: ABELARDO PAULO DA MATTA NETO, PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL – SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: 07/12/2021) [Destaques da transcrição] No exato mesmo sentido, os precedentes deste Colegiado Julgador na apreciação das apelações de nºs. 0501637-36.2018.8.05.0113, 0505898-76.2017.8.05.0146 e 0000032-34.2007.8.05.0102. No caso dos autos, a rotulada “preliminar” trazida com o recurso envolve objetivo error in procedendo, ao se proferir sentença por juiz diverso do que presidiu a instrução, ou seja, cuida-se de suposta nulidade processual com potencial para acarretar a retrocessão do processo ao estágio antecedente ao do julgamento, o que se pode reconhecer, justamente, com a apreciação da tese recursal. Não se cuida, assim, de qualquer tema que deva ser analisado em apartado ou em antecedência às razões recursais, mas em seu bojo. Logo, não se cuidando de tema afeto ao processamento do próprio apelo, mas voltado à anulação condenatória, sua análise há de ser empreendida, não como preliminar, mas no mérito recursal, in casu, ainda que o inaugurando. Em razão disso, desloca a análise do aludido tema para o mérito da apelação. Firmada tal premissa analítica, extrai-se do feito que, de fato, a sentença foi proferida por julgador distinto do que conduziu a instrução, haja vista que, ao tempo desta, a condução da coleta probatória coube ao magistrado Ricardo Augusto Schmitt, ao passo que a sentença foi proferida pela Juíza Eduarda de Lima Vidal (ID 185155715). No entanto, a alteração do julgador entre a instrução e a sentença, por si só, não acarreta a nulidade desta, porquanto o regramento contido no art. 399, § 2º, do Código de Processo Penal não se estabelece sob vertente absoluta, mas, ao revés, comporta mitigação em circunstâncias pontuais, sob as quais inviável a preservação da identidade física do julgador, inclusive pelas naturais movimentações decorrentes da reestruturação organizacional judiciária, desde que a alteração não implique prejuízo à Defesa. É nesse sentido que se firma a majoritária compreensão jurisprudencial do tema no âmbito da Superior Corte de Justiça: “PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO. PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. NÃO VIOLAÇÃO. SUSPEIÇÃO. NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. PREJUÍZO NÃO COMPROVADO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. A jurisprudência desta Corte Superior entende que o princípio da identidade física do juiz não é absoluto e pode ser mitigado pelas hipóteses previstas no art. 132 do

Código de Processo Civil. Em se tratando de nulidade relativa, necessária para o seu reconhecimento a demonstração de prejuízo pela parte. 2. Na espécie, a defesa apenas insiste tratar-se de nulidade absoluta e não apresenta eventual prejuízo sofrido com o ato processual. Salienta apenas eventual 'risco de que a sentença seja incongruente com as provas colhidas'. 3. Agravo regimental não provido." (STJ – AgRg no AREsp: 1119107 RS 2017/0148325–5, Relator: Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Data de Julgamento: 19/09/2017, T6 – SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 27/09/2017) “AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. ROUBO. NULIDADE DA CONDENAÇÃO. PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. OFENSA NÃO RECONHECIDA. PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL. EXCEPCIONALIDADE. PROMOÇÃO DO MAGISTRADO QUE PRESIDIU A INSTRUÇÃO. JURISPRUDÊNCIA DO STJ. OFENSA NÃO RECONHECIDA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. Não há falar em ofensa ao princípio da colegialidade quando a decisão monocrática é proferida em obediência aos arts. 932 do Código de Processo Civil e 34, XVIII e XX, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça e ao enunciado contido no verbete sumular n. 568 desta Corte Superior, que franqueiam ao relator a possibilidade de não conhecer de recurso caso manifestamente inadmissível, procedente ou improcedente. 2. O princípio da identidade física do juiz não pode ser interpretado de maneira absoluta e admite exceções que devem ser verificadas caso a caso, à vista, por exemplo, de promoção, remoção, convocação ou outras hipóteses de afastamento justificado do magistrado que presidiu a instrução criminal. 3. Na hipótese, a mitigação do princípio da identidade física do juiz foi justificada pela promoção, por antiguidade, do Magistrado titular da Vara estadual, o que impede a declaração de nulidade do processo e a determinação de novo julgamento da ação penal. Precedentes. 4. Agravo regimental não provido.” (STJ – AgRg no HC: 718938 SP 2022/0015946–6, Relator: Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Data de Julgamento: 22/03/2022, T6 – SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 28/03/2022) “AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. NULIDADE. PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. OBSERVADO IN CASU. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. FEITO DE ORIGEM TRANSITADO EM JULGADO. MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA INVOCADA EM SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NO MAIS, NÃO ENFRENTAMENTO DOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. OFENSA À SÚMULA 182/STJ. AGRAVO DESPROVIDO. I – Nos termos da jurisprudência consolidada nesta eg. Corte, cumpre ao agravante impugnar especificamente os fundamentos estabelecidos na decisão agravada. II – No caso concreto, como decidido anteriormente, não se vislumbrou qualquer ilegalidade que causasse prejuízo ao agravante, tendo em vista que o afastamento posterior do Juiz que presidiu o ato instrutório, porque sua designação como substituto havia sido extinta bem antes da solução do processo, se deu de forma legal e devidamente registrada nos assentamentos da eg. Corte de origem, sem qualquer violação ao princípio da identidade física do juiz. III – Assente nesta eg. Corte Superior que 'O princípio da identidade física do juiz não possui caráter absoluto, uma vez que pode ser mitigado nos casos de afastamento por qualquer motivo que impeça o juiz que presidiu a instrução processual de sentenciar o feito, por aplicação analógica da regra contida no art. 132 do Código de Processo Civil' ( AgRg no AREsp n. 1.229.297/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe de 13/4/2018). IV – De qualquer forma, a jurisprudência desta eg. Corte Superior é firme no sentido de que 'o Processo Penal é regido pelo princípio do 'pas de nullité sans grief' e, por consectário, o reconhecimento de nulidade, ainda que absoluta, exige a demonstração do prejuízo ( CPP, art. 563)' ( HC n. 365.684/PB, Quinta Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe de 20/9/2016). V – No mais, a

d. Defesa se limitou a reprisar os argumentos do recurso ordinário em habeas corpus, o que atrai a Súmula n. 182 desta eg. Corte Superior de Justiça, segundo a qual é inviável o agravo regimental que não impugna especificamente os fundamentos da decisão agravada. Agravo regimental desprovido.” (STJ – AgRg no RHC: 149488 DF 2021/0195141-4, Relator: Ministro JESUÍNO RISSATO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJDF), Data de Julgamento: 05/10/2021, T5 – QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 08/10/2021) Este ínclito Colegiado já se debruçou anteriormente sobre o tema, firmando a exata mesma compreensão: “PENAL E PROCESSO PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CRIMINAL. ART. 619 DO CPP. ACÓRDÃO EMBARGADO. OMISSÃO CONFIGURADA. ENFRENTAMENTO DA TESE. NÃO ACOLHIMENTO. RECURSO CONHECIDO E REJEITADO. A teor do que preconiza o art. 620 do Código de Processo Penal, o objetivo dos embargos de declaração se limita ao saneamento de vícios de ambiguidade, obscuridade, contradição e omissão. No mérito, alega a Defesa a existência de omissão no acórdão vergastado, sob o argumento de que esta Turma Julgadora não se debruçou acerca 'dos pedidos recursais referentes à nulidade da sentença, em relação a ofensa ao princípio da identidade física do juiz, em contrariedade ao art. 399, § 2º do CPP, bem como a impossibilidade de condenação ao pagamento de honorários de sucumbência quando reconhece a prescrição'. De fato, o acórdão embargado não enfrentou as teses acima suscitadas, caracterizando, a omissão sustentada. Conhece-se dos embargos e passa-se a analisar o quanto suscitado. I– Assim, a Lei n. 11.719/08 incluiu no Direito criminal o princípio da identidade física do juiz. A novidade está expressa no § 2 do artigo 399 do Código de Processo Penal, que dispõe: O juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença. O princípio comporta exceções. A esta regra deve-se aplicar, por analogia, o artigo 132 do Código de Processo Civil: Art. 132. O juiz, titular ou substituto, que concluir a audiência julgará a lide, salvo se estiver convocado, licenciado, afastado por qualquer motivo, promovido ou aposentado, casos em que passará os autos ao seu sucessor. Parágrafo único. Em qualquer hipótese, o juiz que proferir a sentença, se entender necessário, poderá mandar repetir as provas já produzidas. (Destacamos) Desta forma, rejeita-se a tese ventilada, em virtude de que o princípio da identidade física do magistrado não é absoluto. II– No tocante a tese de impossibilidade de condenação ao pagamento de honorários de sucumbência quando reconhece a prescrição, de igual sorte, não merece acolhimento. Vejamos. O tema foi resolvido recentemente pela 3ª Seção do STJ no julgamento dos Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 1.218.726/RJ, nos quais o Ministro Relator FELIX FISCHER concluiu que 'não há como aplicar de forma restritiva o Código de Processo Civil, devendo responder por custas e honorários advocatícios a parte que deu causa ao ajuizamento da demanda, mesmo quando não enfrentado o mérito, pois se assim não fosse, não haveria condenação da parte em toda sentença que não enfrentasse o mérito no Código de Processo Civil, o que não ocorre. O regime de fixação de honorários advocatícios em sede de ação penal privada deve seguir a mesma lógica do processo civil.' Desse modo, conhece-se os embargos para complementar as omissões apontadas, enfrentando-as e rejeitando-as. PARECER DA PROCURADORIA PELA REJEIÇÃO. Conhece-se os embargos para complementar as omissões apontadas, enfrentando-as e rejeitando-as.” (TJ-BA – ED: 05663212020158050001, Relator: ABELARDO PAULO DA MATTA NETO, PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL – SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: 18/06/2020) “APELAÇÃO – SENTENÇA CONDENATÓRIA POR CRIMES DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL EM CONTINUIDADE DELITIVA (ART. 217-A, C/C 226, INCISO II, E

ART. 71, TODOS DO CP – RECURSO DEFENSIVO SUSCITANDO PRELIMINAR DE NULIDADE POR AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO ADEQUADA E ULTRAJE AO PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ – PLEITO DE ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS E, AINDA, SUBSIDIARIAMENTE, REVISÃO DA DOSIMETRIA – PRELIMINARES REJEITADAS – MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS – ATOS LIBIDINOSOS DIVERSOS DA CONJUNÇÃO CARNAL – CONFISSÃO EXTRAJUDICIAL – PALAVRA DA VÍTIMA E DE SEU GENITOR – CONDENAÇÃO DE RIGOR – DOSIMETRIA QUE NÃO MERECE REDIMENSIONAMENTO – RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I – Sentença julgando procedente a pretensão punitiva para condenar o Réu pelo crime de estupro de vulnerável, em continuidade delitiva (art. 217-A, art. 226, c/c o art. 71, do CP), fixando pena total definitiva de 14 (quatorze) anos de reclusão, em regime fechado, assegurado o direito de recorrer em liberdade. II – Recurso suscitando preliminar de nulidade da Sentença por ausência de fundamentação adequada, bem como pela inobservância do princípio da identidade física do juiz. No mérito, pleiteia a absolvição do Réu sob o argumento de que inexisteriam provas suficientes para sua condenação. Em caráter subsidiário, postula a revisão da dosimetria a fim de que a pena seja estabelecida abaixo do mínimo legal, em razão de se tratar de réu primário, com bons antecedentes, além de não haver prova da continuidade delitiva. III – Preliminares que se rejeita. Nada obstante ao analisar as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, a MM Juíza tenha feito constar, de fato, por duas vezes, os motivos do crime, em uma delas, de forma equivocada, reportando-se 'ao desejo de obter vantagem econômica', e, na outra, de forma correta e adequada, à 'satisfação da sua lascívia', não se há falar em nulidade posto que não houve qualquer prejuízo para o Réu, até porque a basilar foi fixada no patamar mínimo de 08 (oito) anos de reclusão, estabelecido, pelo legislador, para o crime de estupro de vulnerável (art. 217-A do CP). IV – As inconsistências apontadas no Apelo, relativas ao nome da vítima e ao tipo penal, configuram, no caso, mero erro material, que, de resto, não ocasionaram repercussão negativa para a Defesa do Réu, motivo pelo qual não se alteiam a ponto de constituir causa de nulidade, sendo de ressaltar que foram, inclusive, prontamente esclarecidas e retificadas pelo juízo a quo, além do nome da vítima, menor impúbere, ter sido corretamente assinalado no corpo da Sentença por cerca de 10 (dez) vezes, não pairando quaisquer dúvidas quanto à identificação da pessoa do ofendido e o tipo penal em que o Réu foi condenado. V – Alegação de nulidade por suposta violação ao princípio da identidade física do juiz, que também não merece agasalho. É que, a eventual inobservância de tal princípio, incorporado no nosso sistema processual penal com a Reforma introduzida pela Lei nº 11.719/2008, não se revela causadora de nulidade absoluta do feito, sobretudo quando não verificado efetivo prejuízo para a defesa do acusado. Como cediço, em termos de nulidade, vigora no Direito Processual Penal Brasileiro o princípio pas de nullité sans grief, que exige, à parte suscitante do vício, a demonstração de prejuízo concreto, pois não se decreta nulidade processual por mera presunção (art. 563 do CPP). Na espécie em exame, embora referida preliminar tenha sido suscitada nas razões de apelação, em nenhum momento, entretanto, foi alegada a ocorrência de prejuízo ao Réu pelo fato do decisum ter sido prolatado por Magistrada diversa daquela que presidiu a instrução. VI – Materialidade evidenciada a partir da análise conjunta do Laudo de Exame de verificação de ato libidinoso (cf. fls. 181/182), e dos depoimentos prestados pelo genitor e pela própria vítima. Embora constando do Laudo que, a despeito de terem sido 'notadas fissuras bem superficiais', esse dado,

'isoladamente não permite à perita concluir por ato libidinoso diverso da conjunção carnal, tendo em conta que outras condições podem causar fissura anal desta natureza' (fls. 182), tais considerações devem ser analisadas à luz das demais provas dos autos, especialmente os relatos das pessoas envolvidas, máxime a vítima. A autoria, por seu turno, também se encontra sobejamente demonstrada pelo Auto de Prisão em Flagrante (fls. 04/43) e pelos depoimentos testemunhais colhidos no Inquérito e em Juízo (fls.10/11; 14 e 15), sobretudo os relatos do menor e de seu genitor, dando conta de que o Acusado teria abusado sexualmente da vítima, em diversas oportunidades, isso sem se falar da própria confissão extrajudicial do Réu, ocasião em que admitiu haver" colocado o dedo no ânus da criança quatro vezes, incluindo no dia de hoje ". VII – Mesmo diante de posterior retratação em Juízo, as confissões ocorridas durante o Inquérito não perdem seu valor probante, sobretudo quando, como no caso, estiverem em perfeita consonância com o conjunto probatório juntado aos autos. VIII – É entendimento já pacificado que nos crimes de estupro e/ou atentado violento ao pudor, delitos geralmente cometidos na clandestinidade, a palavra da vítima tem significativo valor probante. Precedentes jurisprudenciais. IX – Dosimetria que não merece reforma. Basilar fixada no mínimo legal de 08 (oito) anos de reclusão, e que restou mantida na segunda fase, mesmo a despeito do reconhecimento da atenuante da confissão na fase extrajudicial (art. 65, inciso III, alínea d, do CP), ante a vedação contida na Súmula 231 do STJ, já referendada pelo Supremo Tribunal Federal–STF. Em seguida, sendo o Réu padrasto da vítima, indeclinável é a causa de aumento prevista no art. 226, inciso II, do CP, na fração de  $\frac{1}{2}$  (metade), elevando a reprimenda, provisoriamente, para o patamar de 12 (doze) anos. Por fim, tendo em conta que os abusos foram cometidos mais de uma vez, conforme, aliás, admitido pelo próprio Acusado, resta, assim, caracterizada a continuidade delitiva ( CP, art. 71), fazendo-se incidir, portanto, à sanção aplicada, o acréscimo de  $\frac{1}{6}$  (um sexto), tornando definitiva, em desfavor de HELDER SILVA SÁ, pena de 14 (quatorze) anos de reclusão, a serem cumpridos em regime inicial fechado, na forma do art. 33, § 2º, alínea a, do CP, assegurados a detração e o direito de recorrer em liberdade até o trânsito em julgado desta Decisão. X – Parecer da Procuradoria de Justiça pelo improvimento do Apelo. XI – RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO." (TJ-BA – APL: 05148231620148050001, Relator: PEDRO AUGUSTO COSTA GUERRA, PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL – SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: 18/07/2017) [Destaques da transcrição]

Consoante compreensão firmada nos aludidos precedentes, a eventual inobservância do princípio da identidade física do juiz não enseja nulidade processual absoluta, mas, ao revés, na exegese do princípio pas de nullité sans grief consagrado no art. 563 do Código de Processo Penal, demanda, para a invalidação do julgado, a demonstração de efetivo prejuízo à Defesa. No caso do presente feito, porém, o recorrente sequer suscita a ocorrência de qualquer prejuízo, o que nem mesmo potencialmente se poderia vislumbrar. Isso porque a essência do princípio da identidade física do juiz repousa em mitigar a possibilidade de que a sentença venha a ser proferida sem a exata compreensão da prova efetivamente produzida, o que se mostraria mais facilitado caso não fosse o julgador sentenciante o mesmo que conduziu sua coleta. Em outros termos, o que o aludido princípio visa a resguardar é a melhor análise da prova. Sucede que, na vertente hipótese, não se estabeleceu qualquer controvérsia a respeito da prova, haja vista que o réu confessou a imputação – o que, inclusive, resultou na redução da reprimenda que lhe foi imposta para patamar aquém do mínimo



legal. Nesse cenário, se não houve controvérsia alguma acerca da prova, não se estabelece qualquer possibilidade de que sua análise resulte distorcida, em razão da diversidade do juiz sentenciante em relação ao da instrução, o que culmina por afastar a possibilidade, mesmo potencial, de qualquer prejuízo à Defesa. Por consectário, torna-se premente rejeitar a alegação de nulidade processual. Adentrando-se ao cerne meritório da imputação, deve-se consignar que o inconformismo abrigado no recurso não controverte a materialidade ou a autoria do fato, uma vez que ali expressamente reconhecida a conduta do Réu, inclusive enfatizando-se a confissão acerca de sua prática, justamente do que, como já enfatizado, resultou a redução, no cálculo dosimétrico, da pena intermediária para aquém do mínimo legal, com lastro no art. 65, III, d, do Código Penal. Portanto, não se cuidando de recurso voltado ao afastamento do reconhecimento incursivo na conduta penalmente recriminada, sobretudo pela confissão – logicamente incompatível com sua contestação –, e não sendo a hipótese de pronta constatação de qualquer mácula de nulidade no feito, há de se enfrentar a matéria efetivamente impugnada no recurso trazido a julgamento. Nessa perspectiva de análise, extrai-se do feito que a insurgência recursal se limita a postular a desclassificação da conduta em que condenado o réu, tendo em vista que, diante de nova regulamentação acerca da classificação técnica das armas de fogo, o artefato com ele apreendido, no calibre 9 mm (nove milímetros), deixara de ser enquadrado como de uso restrito e teria passado a ser tratado como de uso permitido, o que importaria reconhecer a ocorrência de novatio legis in melius, retroagindo em seu benefício e, por conseguinte, subsumindo a conduta ao art. 12 da Lei nº 10.826/03 – posse irregular de arma de fogo de uso permitido. De fato, o exame do feito revela que, ao tempo da conduta ilícita apurada, a classificação técnica das armas de fogo, em observância à remissão contida no art. 23 da Lei nº 10.826/03, se abrigava no chamado “R-105”, o Regulamento para a Fiscalização de Produtos Controlados aprovado pelo Decreto nº 3.665/00, que hoje já se encontra revogado, passando a matéria a se reger pelos Decretos nº 9.845/19, 9.847/19 e 10.030/19, cujas disposições efetivamente reformularam o enquadramento das armas de fogo quanto aos seus calibres, incluindo diversos daqueles outrora restritos na novel classificação como de uso permitido, dentre os quais o 9 mm – nove milímetros. Entretanto, em que pese a aludida reclassificação, na específica hipótese em testilha, as aludidas inovações normativas não têm o condão de alterar a situação do réu. Isso porque, para além de se configurar em calibre anteriormente classificado como de uso restrito, a arma apreendida com o réu apresentava mecanismo de funcionamento automático, inclusive tendo sido para tanto modificada, nos exatos termos do que aponta o laudo pericial acostado sob o ID 185155713. Confira-se: “(...) Item 01: Arma de fogo do tipo pistola, originalmente do tipo semiautomática, modificada para poder produzir disparos no regime automático, marca Glock, modelo G19, calibre nominal 9mm LUGER (nove milímetros Luger), número de série alfanumérico WWV860 (W, W, V, oito, seis, zero). (...) Estado de Funcionamento: a pistola, quando periciada, apresentava seus mecanismos de segurança, engatilhamento, percussão, extração e ejeção atuantes, achando-se apta para a realização de disparos. Observação: equipada com dois dispositivos: um apontador laser instalado no trilho da armação e um dispositivo que altera o regime semiautomático para automático instalado na placa traseira do ferrolho. O dispositivo apontador laser não foi testado por não haver bateria compatível para testes nesta coordenação. O regime de disparo automático

foi verificado através de testes com munição.” Tratando-se de arma com sistema de disparo automático, sua classificação legal permanece como de uso restrito, independentemente do calibre, eis que tal traço característico não foi alterado pelas inovações regulatórias. Com efeito, desde a sistematização adotada pelo chamado “R-105”, a classificação técnica das armas de fogo no Brasil não se limita à análise de seu calibre, abrangendo, também, outras características, como tamanho, apresentação, mecanismo de disparo etc. A exegese já se estabelecia inequívoca a partir do que dispunham os arts. 16, V, e 17, I, do aludido regulamento (repise-se, aprovado pelo Decreto nº 3.665/00): “Art. 16. São de uso restrito: I – armas, munições, acessórios e equipamentos iguais ou que possuam alguma característica no que diz respeito aos empregos tático, estratégico e técnico do material bélico usado pelas Forças Armadas nacionais; II – armas, munições, acessórios e equipamentos que, não sendo iguais ou similares ao material bélico usado pelas Forças Armadas nacionais, possuam características que só as tornem aptas para emprego militar ou policial; III – armas de fogo curtas, cuja munição comum tenha, na saída do cano, energia superior a (trezentas libras-pé ou quatrocentos e sete Joules e suas munições, como por exemplo, os calibres .357 Magnum, 9 Luger, .38 Super Auto, .40 S&W, .44 SPL, .44 Magnum, .45 Colt e .45 Auto; IV – armas de fogo longas raiadas, cuja munição comum tenha, na saída do cano, energia superior a mil libras-pé ou mil trezentos e cinquenta e cinco Joules e suas munições, como por exemplo, .22-250, .223 Remington, .243 Winchester, .270 Winchester, 7 Mauser, .30-06, .308 Winchester, 7,62 x 39, .357 Magnum, .375 Winchester e .44 Magnum; V – armas de fogo automáticas de qualquer calibre; VI – armas de fogo de alma lisa de calibre doze ou maior com comprimento de cano menor que vinte e quatro polegadas ou seiscentos e dez milímetros; VII – armas de fogo de alma lisa de calibre superior ao doze e suas munições; VIII – armas de pressão por ação de gás comprimido ou por ação de mola, com calibre superior a seis milímetros, que disparem projéteis de qualquer natureza; IX – armas de fogo dissimuladas, conceituadas como tais os dispositivos com aparência de objetos inofensivos, mas que escondem uma arma, tais como bengalas-pistola, canetas-revólver e semelhantes; X – arma a ar comprimido, simulacro do Fz 7,62mm, M964, FAL; XI – armas e dispositivos que lancem agentes de guerra química ou gás agressivo e suas munições; XII – dispositivos que constituam acessórios de armas e que tenham por objetivo dificultar a localização da arma, como os silenciadores de tiro, os quebra-chamas e outros, que servem para amortecer o estampido ou a chama do tiro e também os que modificam as condições de emprego, tais como os bocais lança-granadas e outros; XIII – munições ou dispositivos com efeitos pirotécnicos, ou dispositivos similares capazes de provocar incêndios ou explosões; XIV – munições com projéteis que contenham elementos químicos agressivos, cujos efeitos sobre a pessoa atingida sejam de aumentar consideravelmente os danos, tais como projéteis explosivos ou venenosos; XV – espadas e espadins utilizados pelas Forças Armadas e Forças Auxiliares; XVI – equipamentos para visão noturna, tais como óculos, periscópios, lunetas, etc; XVII – dispositivos ópticos de pontaria com aumento igual ou maior que seis vezes ou diâmetro da objetiva igual ou maior que trinta e seis milímetros; XVIII – dispositivos de pontaria que empregam luz ou outro meio de marcar o alvo; XIX – blindagens balísticas para munições de uso restrito; XX – equipamentos de proteção balística contra armas de fogo portáteis de uso restrito, tais como coletes, escudos, capacetes, etc; e XXI – veículos

blindados de emprego civil ou militar. Art. 17. São de uso permitido: I – armas de fogo curtas, de repetição ou semi-automáticas, cuja munição comum tenha, na saída do cano, energia de até trezentas libras-pé ou quatrocentos e sete Joules e suas munições, como por exemplo, os calibres .22 LR, .25 Auto, .32 Auto, .32 S&W, .38 SPL e .380 Auto; II – armas de fogo longas raiadas, de repetição ou semi-automáticas, cuja munição comum tenha, na saída do cano, energia de até mil libras-pé ou mil trezentos e cinquenta e cinco Joules e suas munições, como por exemplo, os calibres .22 LR, .32-20, .38-40 e .44-40; III – armas de fogo de alma lisa, de repetição ou semi-automáticas, calibre doze ou inferior, com comprimento de cano igual ou maior do que vinte e quatro polegadas ou seiscentos e dez milímetros; as de menor calibre, com qualquer comprimento de cano, e suas munições de uso permitido; IV – armas de pressão por ação de gás comprimido ou por ação de mola, com calibre igual ou inferior a seis milímetros e suas munições de uso permitido; V – armas que tenham por finalidade dar partida em competições desportivas, que utilizem cartuchos contendo exclusivamente pólvora; VI – armas para uso industrial ou que utilizem projéteis anestésicos para uso veterinário; VII – dispositivos óticos de pontaria com aumento menor que seis vezes e diâmetro da objetiva menor que trinta e seis milímetros; VIII – cartuchos vazios, semi-carregados ou carregados a chumbo granulado, conhecidos como "cartuchos de caça", destinados a armas de fogo de alma lisa de calibre permitido; IX – blindagens balísticas para munições de uso permitido; X – equipamentos de proteção balística contra armas de fogo de porte de uso permitido, tais como coletes, escudos, capacetes, etc; e XI – veículo de passeio blindado. O tratamento das armas de fogo automáticas de qualquer calibre como de uso restrito foi preservado na novel legislação, tendo sido assim estabelecido na redação original do art. 2º, I e II, do Decreto nº 9.845/19 e do art. 2º, I e II, do Decreto nº 9.847/19, inclusive quanto à alteração neste promovida pelo Decreto nº 9.981/19, estando hoje o tema consolidado no "Anexo I" do Decreto nº 10.030/19, ao qual as anteditas normas passaram a remeter. Hodiernamente, assim se estabelece a redação dos aludidos dispositivos regulamentares: Decreto nº 9.845/19: "Art. 2º Para fins do disposto neste Decreto, são adotadas as definições e classificações constantes do Anexo I ao Decreto nº 10.030, de 30 de setembro de 2019. (Redação dada pelo Decreto nº 10.628, de 2021)" Decreto nº 9.847/19: "Art. 2º Para fins do disposto neste Decreto, são adotadas as definições e classificações constantes do Anexo I ao Decreto nº 10.030, de 30 de setembro de 2019. (Redação dada pelo Decreto nº 10.630, de 2021)" Já no Decreto 10.030/19, em seu Anexo I, art. 3º, consolidando as disposições classificatórias, se registra: "Art. 3º As definições dos termos empregados neste Regulamento são aquelas constantes deste artigo e do Anexo III. (Redação dada pelo Decreto nº 10.627, de 2021) Parágrafo único. Para fins do disposto neste Regulamento, considera-se: (Incluído pelo Decreto nº 10.627, de 2021) I – arma de fogo de uso permitido – as armas de fogo semiautomáticas ou de repetição que sejam: (Incluído pelo Decreto nº 10.627, de 2021) a) de porte, cujo calibre nominal, com a utilização de munição comum, não atinja, na saída do cano de prova, energia cinética superior a mil e duzentas libras-pé ou mil seiscentos e vinte joules; (Incluído pelo Decreto nº 10.627, de 2021) Vigência b) portáteis de alma lisa; ou (Incluído pelo Decreto nº 10.627, de 2021) c) portáteis de alma raiada, cujo calibre nominal, com a utilização de munição comum, não atinja, na saída do cano de prova, energia cinética superior a mil e duzentas libras-pé ou mil seiscentos e

vinte joules; (Incluído pelo Decreto nº 10.627, de 2021) Vigência II – arma de fogo de uso restrito – as armas de fogo automáticas, de qualquer tipo ou calibre, semiautomáticas ou de repetição que sejam: (Incluído pelo Decreto nº 10.627, de 2021) a) não portáteis; (Incluído pelo Decreto nº 10.627, de 2021) b) de porte, cujo calibre nominal, com a utilização de munição comum, atinja, na saída do cano de prova, energia cinética superior a mil e duzentas libras-pé ou mil seiscentos e vinte joules; ou (Incluído pelo Decreto nº 10.627, de 2021) c) portáteis de alma raiada, cujo calibre nominal, com a utilização de munição comum, atinja, na saída do cano de prova, energia cinética superior a mil e duzentas libras-pé ou mil seiscentos e vinte joules; (Incluído pelo Decreto nº 10.627, de 2021) III – arma de fogo de uso proibido: (Incluído pelo Decreto nº 10.627, de 2021) a) as armas de fogo classificadas como de uso proibido em acordos ou tratados internacionais dos quais a República Federativa do Brasil seja signatária; e (Incluído pelo Decreto nº 10.627, de 2021) b) as armas de fogo dissimuladas, com aparência de objetos inofensivos; (Incluído pelo Decreto nº 10.627, de 2021)” Como se infere a partir da regulamentação efetivamente incidente à hipótese, não houve qualquer alteração pela qual se passasse a classificar as armas de fogo automáticas como de uso permitido, eis que a conceituação destas sempre se limitou àquelas “semiautomáticas e de repetição”, reservando-se às automáticas de qualquer calibre a categoria de restritas. Portanto, se a arma apreendida com o recorrente se apresentava como de mecanismo de disparo automático, conforme atestado em laudo pericial específico, não há que se falar em *novatio legis in melius* para reclassificação da conduta, eis que não modificada a realidade normativa a que se submete. A postulação recursal reclassificatória, desse modo, queda-se carente de embasamento, o que impõe sua rejeição, mantendo-se incólume a condenação do réu pela infração ao disposto no art. 16 da Lei nº 10.826/03. O apelo não avança sobre o tópico dosimétrico, em relação ao qual, em reanálise *ex officio*, não se vislumbra qualquer possibilidade de ajuste, tendo em foco que, se empreendido para adequação ao entendimento vigente neste Colegiado, implicaria *reformatio in pejus*. Isso porque, do que se extrai do julgado, a pena-base foi imposta ao recorrente em seu mínimo legal para a espécie (03 anos de reclusão) e, ainda assim, foi reduzida em 1/6 (um sexto) na segunda fase, afastando-se o entendimento consagrado no enunciado sumular nº 231 do Superior Tribunal de Justiça e no Tema de Repercussão Geral nº 158 do Supremo Tribunal Federal, aos quais se alinha esta Colenda Turma. Sendo certo que, na terceira fase, deixou-se de reconhecer a incidência de causas de aumento ou de diminuição, a pena intermediária, já abaixo do mínimo, fora convolada em definitiva, afastando-se qualquer possibilidade de retoque, haja vista que, em última análise, firmada já em máximo benefício ao agente. Já acerca das prescrições derivadas da condenação, tem-se que o regime inicial de cumprimento da pena já se encontra estabelecido como o aberto, na direta exegese do art. 33, § 2º, c do Código Penal, bem assim já se tendo concedido ao réu o direito de recorrer em liberdade e se operado a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, circunstâncias que, igualmente por se estabelecerem em seu máximo benefício, não desafiam possibilidade de alteração. Conclusão À vista de todos os fundamentos aqui consignados, sopesados em cotejo com a realidade dos autos, e em alinhamento à compreensão externada pelos arestos e excertos aqui transcritos, igualmente adotados como fundamentação decisória, tem-se por necessário negar provimento ao

recurso, mantendo-se incólume a sentença vergastada. Dispositivo Ex  
positis, NEGÓ PROVIMENTO À APELAÇÃO. É o voto. Des. Abelardo Paulo da  
Matta Neto Relator