RECURSO ESPECIAL Nº 1.798.026 - MG (2019/0051131-0)

RELATOR	**:**	**MINISTRO NEFI CORDEIRO**
RECORRENTE	:	LUCAS PEREIRA DE SOUSA
ADVOGADO	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
RECORRIDO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto em face de acórdão que negou provimento ao recurso do Ministério Público e deu parcial provimento ao da defesa para reconhecer a minorante do tráfico, com o redimensionamento da pena.

Sustenta o recorrente negativa de vigência ao art. 70, *caput*, primeira parte, do Código Penal, ao argumento de estar caracterizado nos autos o concurso formal de crimes e não o material.

Requer o provimento do recurso para que seja reconhecido e aplicado o concurso formal de crimes.

Contrarrazoado e admitido na origem, manifestou-se o Ministério Público Federal pelo improvimento do recurso.

É o relatório.

Decido.

Na espécie, o acórdão recorrido negou provimento ao recurso ministerial e deu parcial provimento ao recurso da defesa, mantendo a condenação do réu pela prática dos crimes previstos no art. 14 da Lei 10.826/03 e art. 33, *caput*, da Lei 11.343/06, na forma do art. 69 do Código Penal, aplicando a causa especial de redução da pena, prevista no art. 33, §4º, da Lei 11.343/06, reduzindo a pena a 6 anos, 6 meses e 10 dias de reclusão, e 494 dias-multa.

Manifestou-se o Tribunal *a quo*, no julgamento dos embargos de declaração, acerca da aplicação do concurso material de crimes, nos seguintes termos (fls. 279/280):

> Como sabido, o concurso formal perfeito caracteriza-se quando o agente, mediante uma única ação ou omissão, provoca dois ou mais resultados típicos.
> Não se desconhece que o artigo 70 do Código Penal também prevê a hipótese do concurso formal imperfeito, no qual a conduta única é dolosa e os delitos concorrentes são resultado de desígnios autônomos.
> Pois bem. Constata-se dos autos que o ora embargante restou condenado pela prática dos delitos de tráfico de entorpecentes - em coautoria com adolescente - e porte ilegal de arma de fogo, por ter sido surpreendido fazendo a vigilância do menor, enquanto ele vendia substâncias entorpecentes.

> **Todavia, ao contrário do que alega a combativa Defesa, entendo que não se tratou de conduta única, mas sim de ações distintas. Uma ação voltada ao acompanhamento do adolescente, no tráfico de drogas, e a outra voltada ao porte de arma de fogo, na realização dessa vigilância, tornando-a, pois, de maior gravidade.**
> Desse modo, a se pretender o reconhecimento do concurso formal, quando muito, **poder-se ia pensar na configuração do concurso formal imperfeito, uma vez que os desígnios do embargante eram autônomos, almejando atingir dois bens jurídicos distintos.** E, sendo assim, não haveria qualquer modificação no montante de pena aplicado.

As instâncias ordinárias não reconheceram a incidência da majorante prevista no art. 40, IV, da Lei 11.343/2006, por concluírem que, *não obstante o acusado estivesse portando o revólver apreendido, enquanto o menor exercia o tráfico de drogas, não se pode inferir que a arma estaria sendo utilizada como forma de "intimidação difusa ou coletiva" na prática do crime de tráfico de drogas* (fl. 263).

Ressalta, ainda, o acórdão que *o acusado estava escoltando o mencionado adolescente, portando arma de fogo de uso permitido, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, conduta que se subsume perfeitamente ao tipo penal descrito no art. 14 da Lei 10.826/03, não havendo que se falar, por conseguinte, no reconhecimento da majorante prevista no artigo 40, IV, da Lei específica* (fl. 263).

Nesse contexto, verifica-se que o Tribunal *a quo* concluiu que o réu, mediante mais de uma ação, praticou dois crimes de naturezas diversas – o tráfico de entorpecente e o porte ilegal de arma de fogo de uso permitido – sendo que, ainda que se considerasse o concurso formal, seria o da modalidade imperfeita, tendo em vista que decorrentes de desígnios autônomos.

Desse modo, uma vez considerado o porte de arma de fogo conduta autônoma em relação ao delito de tráfico de drogas a pretendida revisão do entendimento, de sorte a se aplicar o concurso formal perfeito de crimes, como pretendido pelo agravante, demandaria, necessariamente, o reexame do conjunto fático-probatório, o que é vedado em recurso especial, a teor da Súmula 7/STJ. Nesse sentido:

> HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES E PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. ART. 33, CAPUT, DA LEI N. 11.343/2006 E ART. 14 DA LEI N. 10.826/2003. PACIENTE CONDENADO À PENA TOTAL DE 6 ANOS, 10 MESES e 10 DIAS DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL SEMIABERTO. PLEITO DE AUMENTO DA FRAÇÃO REDUTORA PELO TRÁFICO PRIVILEGIADO, PREVISTO NO ART. 33, § 4º, DA LEI N.

11.343/2006. INVIABILIDADE. QUANTIDADE E NOCIVIDADE DAS DROGAS APREENDIDAS QUE JUSTIFICAM A FRAÇÃO ESCOLHIDA. REPRIMENDA MANTIDA. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO E TRÁFICO DE DROGAS. CONCURSO MATERIAL. DELITOS AUTÔNOMOS. MANUTENÇÃO. PREJUDICADOS OS PEDIDOS DE FIXAÇÃO DO REGIME PRISIONAL ABERTO E DE SUBSTITUIÇÃO DA SANÇÃO POR MEDIDAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. MONTANTE QUE NÃO ATENDE AOS REQUISITOS LEGAIS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

- **Havendo as instâncias ordinárias consignado que a conduta de porte de arma de fogo é autônoma ao delito de tráfico de drogas, correta é a incidência do cúmulo material, não havendo possibilidade de, na via do writ, modificar a conclusão da Corte local para fazer incidir, na espécie, a regra do concurso formal de crimes.**

Precedentes.

- Inalterado o montante da pena aplicada (6 anos, 10 meses e 10 dias de reclusão), restam prejudicados os pedidos de fixação do regime prisional aberto e de substituição da pena por medidas restritivas de direitos, pois inadimplidos os requisitos do art. 33, § 2º, c, e art. 44, I, ambos do CP.

- Habeas corpus não conhecido (HC 410.152/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 19/09/2017, DJe 26/09/2017).

PROCESSUAL PENAL E PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL, ORDINÁRIO OU DE REVISÃO CRIMINAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS E POSSE DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO. CONCURSO MATERIAL. ALTERAÇÃO DA ADEQUAÇÃO TÍPICA. IMPOSSIBILIDADE. BENS JURÍDICOS DIVERSOS E DESÍGNIOS AUTÔNOMOS. DOSIMETRIA DA PENA. AFASTADA A APLICAÇÃO DO PRIVILÉGIO PREVISTO NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006, COM BASE EM AÇÕES PENAIS EM CURSO. POSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

2. A majorante do art. 40, IV, da Lei n. 11.343/06, incide nos crimes de tráfico de drogas armado, de objetividade jurídica distinta do crime de porte ilícito de arma de fogo, de modo que o cometimento de delitos que abarcam desígnios autônomos impede o pretendido afastamento do concurso material de crimes.

3. **Flagrado o paciente na posse arma de fogo de uso restrito, conduta autônoma ao também constatado delito de tráfico de drogas, correta é a incidência do cúmulo material.**

4. A vivência delitiva do agente serve para afastar a incidência da minorante do tráfico eventual, prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, ainda que indicada por feitos em andamento, como tem decidido esta Corte 5. Habeas corpus não conhecido (HC 258.996/RJ, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO,

SEXTA TURMA, julgado em 07/06/2016, DJe 17/06/2016).

Ante o exposto, nego provimento ao recurso especial.

Intimem-se.

Publique-se.

Brasília, 08 de abril de 2019.

MINISTRO NEFI CORDEIRO
Relator