RECURSO ESPECIAL Nº 1.841.105 - RS (2019/0294023-2)

RELATOR	**:**	**MINISTRO LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE)**
RECORRENTE	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
RECORRIDO	:	ALEXANDRE VITOR KOBILASS DA SILVA
RECORRIDO	:	RICARDO SANDRO MARTINS DA SILVA
ADVOGADOS	:	RAFAEL RAPHAELLI - DEFENSOR PÚBLICO - RS032676 DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

EMENTA

PENAL. RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. RECURSO MINISTERIAL. CONCURSO MATERIAL. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. AUTONOMIA DAS CONDUTAS. MAJORANTE ESPECÍFICA. VERIFICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. REEXAME DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 7/STJ. INCIDÊNCIA. RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO.

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto pelo **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL**, com fundamento no art. 105, inciso III, alínea **a**, da Constituição da República, contra o v. acórdão prolatado pelo eg. Tribunal de Justiça daquele Estado.

Consta dos autos que a parte recorrida foi condenada à pena de, Ricardo Sandro Martins da Silva, **07 (sete) anos e 02 (dois) meses de reclusão e 510 (quinhentos e dez) dias multa,** como incurso nas sanções dos artigo 33, caput, da Lei n. 11.343/06, e artigo 12 da Lei n. 10.826/03, na forma do art. 69, c/c art. 61, inc. I. ambos do Código Penal e, Alexandre Vitor Kobilass da Silva, **06 (seis) anos de reclusão e 510 (quinhentos e dez) dias-multa**, como incurso nas sanções do artigo 33, caput, da Lei n. 11.343/06 e art. 12 da Lei n° 10.826/03.

Em segunda instância, o eg. Tribunal **a quo** negou provimento ao recurso ministerial e deu parcial provimento ao apelo defensivo para fixar a

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: 5B9A03A6-71AC-449A-9A54-48C48372421E

pena do réu Ricardo Sandro Martins da Silva,definitivamente, em **07 anos de reclusão, no regime inicial fechado, e reduzir a pena de multa para 500 (quinhentos) dias-multa** e, quanto ao réu Alexandre Vitor Kobilassis da Silva, reduzir a reprimenda em **01 (um) ano e 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão, no regime aberto**. Eis a ementa do julgado (fls. 351/354):

> *"APELAÇÃO CRIME. TRÁFICO DE DROGAS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. POSSE DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO (ARTS. 33, CAPUT, E ART. 35, AMBOS DA LEI Nº 11.343/06, E ART. 12 DA LEI Nº 10.826/03). IRRESIGNAÇÃO DEFENSIVA E MINISTERIAL. FATO 01 - CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS - MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS COMPROVADAS. SENTENÇA CONDENATÓRIA MANTIDA.*
>
> *1. A materialidade do crime restou comprovada pelo registro de Ocorrência Policial, pelo Auto de Apreensão, pelo Laudo de Constatação da Natureza da Substância, Laudos Toxicológicos, pelo Auto de Prisão em Flagrante, bem como pela prova oral apresentada durante a instrução do feito.*
>
> *2. A autoria igualmente restou demonstrada, porquanto o contexto probatório elucidou que os réus, em que pese ALEXANDRE tenha negado a traficância, foram apreendidos com considerável quantia de droga, 101 gramas de crack e 18 gramas de maconha, associada à quantia de R$ 756,00 em dinheiro, conforme Auto de Prisão em Flagrante, Auto de Apreensão e Laudo de Constatação da Natureza da Substância.*
>
> *3. A defesa alega a insuficiência de provas da traficância, todavia esta tese não merece prosperar.*
>
> *4. No que condiz ao elemento subjetivo do tipo de tráfico, para a sua configuração não é necessário que o réu seja visto comercializando entorpecentes, consumando-se o crime com o simples guardar para entrega a consumo a terceiros. Ademais, a quantidade da droga não é irrelevante, ainda mais somada aos instrumentos encontrados durante a revista pessoal apontando a traficância, de modo que é impositiva a manutenção dos acusados RICARDO e ALEXANDRE da condenação pela incursão no tipo penal do art. 33 da Lei de Drogas.*
>
> *5. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O CRIME PREVISTO NO ART. 28 DO MESMO DIPLOMA LEGAL. AUSÊNCIA DE ADITAMENTO À DENÚNCIA. IMPOSSIBILIDADE. Não havendo aditamento da denúncia pelo Órgão acusador, não há falar em desclassificação do crime previsto no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/06, para o crime*

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: 5B9A03A6-71AC-449A-9A54-48C48372421E

previsto no art. 28 do mesmo diploma legal.

6. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO (FATO 03). CONSUNÇÃO. DESCLASSIFICAÇÃO. MAJORANTE DO ART. 40, INCISO IV, DA LEI DE DROGAS. POSSIBILIDADE. Hipótese de porte de arma (crime meio) para garantir a execução do tráfico de entorpecentes (crime fim). A arma e as munições encontradas na posse dos réus nas mesmas circunstâncias de tempo e local em que exercida a traficância. Conduta que deixa de configurar crime autônomo e passa à condição de causa de aumento da pena, nos termos da Lei n° 11.343/06.

FATO 02 - CRIME DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO.

7. Ausência de provas acerca da permanência e estabilidade da conduta, bem como de atos engajados entre os acusados. MANUTENÇÃO DA ABSOLVIÇÃO. DOSIMETRIA DA PENA. - RÉU RICARDO SANDRO MARTINS DA SILVA

8. No caso, a pena-base foi fixada em 05 (cinco) anos de reclusão, havendo o reconhecimento de uma circunstância desfavorável (culpabilidade). Na segunda fase, mantida a aplicação da agravante da reincidência, com o aumento da pena em 01 (um) ano, resultando a provisória em 06 anos de reclusão. Na terceira fase, diante das alterações ora operadas, em que reclassificado o delito previsto no 3° fato descrito na denúncia, de portar arma de fogo ilegalmente como a majorante específica, prevista no art. 40, IV, da Lei n° 11.343/06, e aumentada a pena em 1/6, fixando-a, em definitivo, em 07 anos de reclusão.

9. Embora a redução do apenamento, o regime não comporta abrandamento, devendo a pena ser cumprida em regime inicial fechado, diante da reincidência, nos termos do art. 33, §2°, "b", do Código Penal.

10. Em proporção à redução da pena privativa de liberdade, resta reduzida a pena de multa para 500 (quinhentos) dias-multa, mantido o valor do dia -multa igual a 1/30 do salário mínimo vigente ao tempo do fato.

- RÉU ALEXANDRE VITOR KOBILASS DA SILVA

11. Conforme sentença, a pena-basilar foi fixada em 05 (cinco) anos de reclusão, considerando apenas uma vetorial negativa - 'culpabilidade'. Na segunda fase, diante da ausência de agravante da pena, e, embora o réu, na época dos fatos, estivesse com 20 anos de idade, e em que pese o art. 65, inc. I do Código Penal preveja o reconhecimento da atenuante diante da menoridade, a Súmula n° 231 do STJ estabelece que a atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal. Desta forma, resta mantida a sentença que fixou a pena provisória em 05 (cinco) anos de reclusão. E, na terceira fase,

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: 5B9A03A6-71AC-449A-9A54-48C48372421E

diante das alterações ora operadas, em que reclassificado o delito previsto no 3° fato descrito na denúncia, de portar arma de fogo ilegalmente como a majorante específica, prevista no art. 40, IV, da Lei n° 11.343/06, e aumentada a pena em 1/6, fixando-a, em definitivo, em 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão.

12. Em consulta à Certidão de antecedentes criminais - Sistema informatizado deste Tribunal - Themis, verifica-se que o réu é absolutamente primário, não registrando antecedentes. Desta forma, não há falar em afastamento da aplicação da redutora prevista no art. 33, § 4° da Lei n° 11.343/06 e, portanto, de ofício, aplica-se a fração de 2/3, fixando a pena definitiva no patamar de 01 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão.

13. O regime inicial é o aberto, conforme o artigo 33, § 2°, alínea "c", do Código Penal, c/c art. 42 da Lei n° 11.343/06.

14. Preenchidos os requisitos do art. 44 do Código Penal, substituo a pena privativa de liberdade por prestação de serviços à comunidade, pelo mesmo período fixado, e prestação pecuniária no valor de 1/2 (meio) salário mínimo, em condições a ser definidas pelo Juízo de Execução.

12. A pena de multa deve ser reduzida proporcionalmente ao patamar de 200 dias-multa, no valor unitário de 1/30 do salário mínimo vigente ao tempo do fato. Expeça-se Alvará de Soltura em favor de Alexandre.

APELO DEFENSIVO PARCIALMENTE PROVIDO.
APELO MINISTERIAL DESPROVIDO."

Nas razões do recurso especial (fls. 393/404), o **Parquet** sustenta a violação aos artigos 69, **caput**, do Código Penal, 12 da Lei n. 10.826/03, e 40, inciso IV, da Lei n. 11.343/06, ao aplicar o princípio da consunção, por entender que seria obrigatória a regra do concurso material, sob o argumento de que praticadas pelos recorridos duas infrações penais que tutelam bens jurídicos distintos.

Informa, no ponto, que: *"(...) restaram bem delineadas nos autos a ocorrência de duas condutas delituosas distintas. Uma consistente em ter em depósito para fins de comércio 101 g de "crack" e 18g de maconha, substâncias entorpecentes que determinam dependência física e psíquica, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, conforme laudo de constatação da natureza de substância (fls. 12/13 do IP). A*

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: 5B9A03A6-71AC-449A-9A54-48C48372421E

outra consubstanciada em possuir, nas dependências de sua residência, munição e armamento de uso permitido sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar." (fl. 398).

Busca, ainda, demonstrar que "*(...) a absorção do crime de porte ou posse ilegal de arma pelo delito de tráfico de drogas, em detrimento do concurso material, deve ocorrer quando o uso da arma está ligado diretamente ao comércio ilícito de entorpecentes, ou seja, para assegurar o sucesso da mercancia ilícita."* (fl. 402).

Pugna, pois, pela condenação dos recorridos por tráfico de drogas em concurso material com o delito de porte ilegal de arma de fogo.

Apresentadas as contrarrazões (fls. 412/417), o recurso foi admitido na origem (fls. 420/426) e os autos ascenderam a esta eg. Corte de Justiça.

O Ministério Público Federal apresentou parecer pelo **provimento** do recurso especial, conforme a seguinte ementa (fl. 443):

> "***Recurso especial. Crimes de tráfico e porte ilegal de arma de fogo. Concurso material. Arma e munição que estavam guardadas no momento do flagrante. Apreensão de munição para armas de diferentes calibres, uma delas sem que houvesse arma correspondente no local.***
>
> ***– Promoção pelo conhecimento e provimento do recurso****."*

É o relatório.

Decido.

Compulsando a tese aventada na seara recursal, tenho que suas premissas **não merecem prosperar**.

Para delimitar a **quaestio**, transcrevo, no ponto, excertos do v. acórdão do eg. Tribunal **a quo**, que, ao analisar os elementos de provas presentes nos autos, assim se manifestou (fls. 371/373, destaquei):

"Conforme já exposto, a Defesa pretende a reforma da sentença, com a consunção do delito de possuir arma de fogo (art. 12, da Lei n°

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: 5B9A03A6-71AC-449A-9A54-48C48372421E

10.826/03), aplicando a majorante prevista no artigo 40, IV, da Lei nº 11.343/06.

A tese que defende a possibilidade de consunção do delito previsto no estatuto do desarmamento pela causa de aumento de pena da lei de drogas pressupõe a demonstração que a arma encontrada tenha sido utilizada (crime meio) para garantir a execução do tráfico de entorpecentes (crime fim).

No caso, ***a arma (uma espingarda Rossi, calibre 20, n° 3827), 12 cartuchos de munição calibre 20 e 01 cartucho de munição calibre 38 foram encontradas em poder dos réus nas mesmas circunstâncias de tempo e local, sendo o revólver apreendido ao mesmo tempo em que localizada a droga destinada ao comércio ilícito.***

Assim, ***demonstrado o vínculo, para fins de tráfico, entre o posse de arma e de drogas, conduta que deixa de configurar crime autônomo e passa à condição de causa de aumento da pena****, nos termos da Lei n° 11.343/06:*

[...]

Com efeito, ***havendo previsão específica e expressa na majorante do art. 40, IV, da Lei n° 11.343/2006, inviável a condenação nos lindes do art. 12, caput, da Lei n° 10.826/03, levando em conta o princípio da especialidade.***

Assim, merece acolhimento o pedido no ponto, para o fim de ***reclassificar a conduta de portar arma de fogo ilegalmente como a majorante específica, prevista no art. 40, IV, da Lei n° 11.343/06****."*

Da análise do excerto acima, verifico que o eg. Tribunal a quo, mediante análise dos elementos de fato e de prova constantes dos autos, consignou que as armas de fogo e os cartuchos estavam intimamente ligados à prática do delito de tráfico de drogas, para assegurar o sucesso da mercancia ilícita.

Constata-se, portanto, que o Colegiado de origem vislumbrou um nexo finalístico entre a conduta de posse de arma e prática do tráfico de drogas. Assim, entender de modo distinto, como requer o ora recorrente, implicaria, necessariamente, no reexame do conjunto fático-probatório delineado nos autos, providência que é vedada na via eleita, a teor do que dispõe o verbete da **Súmula 7/STJ**.

Ilustrativamente:

> *"PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO INTERNO EM RECURSO ESPECIAL.* ***TRÁFICO ILÍCITO DE***

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: 5B9A03A6-71AC-449A-9A54-48C48372421E

> ***DROGAS. POSSE DE ARMA DE FOGO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. AUTONOMIA DAS CONDUTAS. REEXAME FÁTICO E PROBATÓRIO****. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. DOSIMETRIA. QUANTIDADE E VARIEDADE DAS SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES APREENDIDAS. UTILIZAÇÃO PARA EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE E PARA AFASTAR A APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. BIS IN IDEM. AGRAVO INTERNO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.*
>
> *1.* ***Para a análise da existência de autonomia nas condutas de tráfico ilícito de entorpecentes e posse de arma de fogo, seria inevitável o revolvimento do arcabouço fático e probatório, procedimento sabidamente inviável na instância especial, nos termos da Súmula nº 7/STJ****.*
>
> *2. No momento da individualização da pena, deve o magistrado escolher em que fase da dosimetria as circunstâncias referentes à quantidade, à natureza e à variedade das drogas devem ser consideradas, cuidando para que sejam valoradas apenas em uma etapa, a fim de se evitar o odioso bis in idem.*
>
> *3. Agravo interno improvido"* (AgRg no REsp n. 1.591.770/SP, **Sexta Turma**, Relª. Minª. **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 14/6/2016 - grifei).

Ante o exposto, com fulcro no art. 255, § 4º, inciso I, do Regimento Interno do STJ, **não conheço do Recurso Especial.**

P. e I.

Brasília (DF), 02 de dezembro de 2019.

MINISTRO LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO

(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE)

Relator

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: 5B9A03A6-71AC-449A-9A54-48C48372421E